

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **13**, Sayı: **2**, Yıl: **2023**
Volume: 13, No: 2, Year: 2023

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **13**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2023**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı



EBSCO Legal Source

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **13**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2023**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Yüksel METİN
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER

Yazım Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Gökçe TUNÇ
Arş. Gör. Ozancan BELCİ
Arş. Gör. Yağmur Esin ÇAYLI

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL
Arş. Gör. Tuğba KOYUN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

- Prof. Dr. Yüksel METİN - Öğr. Gör. Tuba AYKANAT 913**
İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi
The Effect of the Bicameral System on the Functioning of the Presidential System
- Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ..... 955**
Silahlı Kuvvetlerin Kullanılmasında ABD ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Başkanın Rolü
The Role of the President in the Light of U.S. and Turkish Laws in the Use of the Armed Forces
- Arş. Gör. Dr. Burak ERECE 995**
Koloniden Devlete: Yerleşim Koloniciliği Ekseninde Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinin Devlet Haline Gelme Süreci
From Colony to State: The Process of the English Colonies in North America Becoming States in the Context of Settler Colonialism
- Prof. Dr. Faruk TURHAN1049**
Ceza Muhakemesinde Hakim Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi
An Examination and Criticism of the CPC Regulations about the Motion to Disqualify the Judge on the Grounds of Doubt Concerning his Impartiality in the Light of Doctrine and Practice
- Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN.....1139**
Meşru Savunmada Orantılılık
Proportionality in Self-Defense
- Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN1177**
Sanktionierungsversuche gegen Unternehmen in Deutschland bei Vorliegen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten
-Können Sie ein Vorbild für das Türkische Recht Darstellen?-
Almanya'da Suç ve Kabahatler Karşılığında Şirketlere Uygulanan Yaptırım Denemeleri
-Türk Hukuku İçin Rol Model Olabilirler Mi?-
Sanctions Trials Applied to Companies for Crimes and Misdemeanors in Germany
-Can They be Role Models for Turkish Law?-

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER	1241
Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni	
<i>The Concept of Tolerated Embezzlement in Turkish Criminal Law and The Reason for not Punishing Tolerated Embezzlement</i>	
Doç. Dr. Süleyman DOST	1271
Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği	
<i>Artificial Intelligence and the Future of International Law</i>	
Vebi LEVNI - Doç. Dr. Seydi ÇELİK	1315
Legal Pluralism Theories and Their Position in Islamic Law	
<i>Hukuki Çoğulculuk Teorileri ve İslam Hukukundaki Yeri</i>	
Av. Ömer Faruk GÖK	1353
Legal Status in the Donbas Conflicts: Foreign Fighters, Mercenaries, Far-Right Radicals	
<i>Donbas Çatışmalarında Hukuki Durum: Yabancı Savaşçılar, Paralı Askerler, Aşırı Sağ Radikaller</i>	
Dr. Nurullah GÖRGEN	1395
The Adverse Effects of Climate Change on Sustainable Development in the Context of Legal Framework	
<i>Yasal Çerçeve ve İklim Değişikliğinin Olumsuz Etkilerinin Sürdürülebilir Kalkınma Üzerindeki Etkisi</i>	
Dr. Ahmet ULUTAŞ	1415
AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı'nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi	
<i>Evaluation of the PKK Judgment of the EU General Court dated 14 December 2022 from the Perspective of International Law and EU Law</i>	
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	1491
Kiraçdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar - Çözüm Önerileri)	
<i>Eviction of the Tenant Due to Reasons Arising from the Tenant: Written Eviction Commitment (Problems-Solution Suggestions)</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇON - Arş. Gör. Tuğba KOYUN	1517
Haciz İhbarnamelerine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi	
<i>Evaluation of a Selection of Judicial Decisions Relating to Lien Notification</i>	

Av. Dr. İsmahan GÜLEN ERDOĞAN1545

Bir Ürün Olarak “Bina”nın Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Müteahhidin 7223 Sayılı
Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında İmalatçı Sıfatıyla Sorumluluğu

*The Contractor’s Liability, as a Manufacturer, Under the Product Safety and Technical
Regulations Law No. 7223, Due to Damages Caused by the “Building” as a Product*

Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY1583

Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı

Minimum Working Age in Turkish Labour Law

DOI LİSTELERİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2023

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Prof. Dr. Yüksel Metin - Öğr. Gör. Tuba Aykanat : DOI 10.52273/sduhfd..1390350
2. Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra Ölmez : DOI 10.52273/sduhfd..1289253
3. Arş. Gör. Dr. Burak Erece : DOI 10.52273/sduhfd..1400199
4. Prof. Dr. Faruk Turhan : DOI 10.52273/sduhfd..1395887
5. Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kaplan : DOI 10.52273/sduhfd..1345964
6. Dr. Öğr. Üyesi Özdem Özaydın : DOI 10.52273/sduhfd..1391186
7. Arş. Gör. Arif Emre Sümer : DOI 10.52273/sduhfd..1353243
8. Doç. Dr. Süleyman Dost : DOI 10.52273/sduhfd..1375673
9. Vebi Levni - Doç. Dr. Seydi Çelik : DOI 10.52273/sduhfd..1380859
10. Av. Ömer Faruk Gök : DOI 10.52273/sduhfd..1378211
11. Dr. Nurullah Görgeç : DOI 10.52273/sduhfd..1356558
12. Dr. Ahmet Ulutaş : DOI 10.52273/sduhfd..1375949

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Doç. Dr. Selin Sert Sütçü : DOI 10.52273/sduhfd..1398156
2. Dr. Öğr. Üyesi Ömer Çon - Arş. Gör. Tuğba Koyun : DOI 10.52273/sduhfd..1381971
3. Av. Dr. İsmahan Gülen Erdoğan : DOI 10.52273/sduhfd..1359559
4. Arş. Gör. Dr. H. Hilal Tiritioğlu Ersoy : DOI 10.52273/sduhfd..1400424

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okurlar,

Akademisyenlerin ve araştırmacıların hukukî görüşlerini bildirdikleri kıymetli eserlerini yayımlama hedefimize bu sayıyla da ulaşmış bulunmaktayız.

Derginin bu sayısında kamu hukuku makaleleri kısmında Prof. Dr. Yüksel Metin ve Öğr. Gör. Tuba Aykanat'ın *"İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi"* isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra Ölmez'in *"Silahlı Kuvvetlerin Kullanılmasında ABD ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Başkanın Rolü"* isimli araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Burak Erece'nin *"Koloniden Devlete: Yerleşim Koloniciliği Ekseninde Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinin Devlet Haline Gelme Süreci"* isimli araştırma makalesi, Prof. Dr. Faruk Turhan'ın *"Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi"* isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kaplan'ın *"Meşru Savunmada Orantılılık"* isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Özdem Özaydın'ın Almanca kaleme aldığı *"Almanya'da Suç ve Kabahatler Karşılığında Şirketlere Uygulanan Yaptırım Deneimleri -Türk Hukuku İçin Rol Model Olabilirler Mi?-"* isimli araştırma makalesi, Arş. Gör. Arif Emre Sümer'in *"Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni"* isimli araştırma makalesi, Doç. Dr. Süleyman Dost'un *"Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği"* isimli araştırma makalesi, Vebi Levni ve Doç. Dr. Seydi Çelik'in İngilizce kaleme aldıkları *"Hukuki Çoğulculuk Teorileri ve İslam Hukukundaki Yeri"* isimli araştırma makalesi, Av. Ömer Faruk Gök'ün İngilizce kaleme aldığı *"Donbas Çatışmalarında Hukuki Durum: Yabancı Savaşçılar, Paralı Askerler, Aşırı Sağ Radikaller"* isimli araştırma makalesi, Dr. Nurullah Görge'nin İngilizce kaleme aldığı *"Yasal Çerçeve ve İklim Değişikliğinin Olumsuz Etkilerinin Sürdürülebilir Kalkınma Üzerindeki Etkisi"* isimli araştırma makalesi, Hâkim, Dr. Ahmet Ulutaş'ın *"AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı'nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi"* isimli araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında ise Doç. Dr. Selin Sert Sütçü'nün *"Kıracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar - Çözüm Önerileri)"* isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ömer Çon ve Arş. Gör. Tuğba Koyun'un *"Haciz İhbarnamelerine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının"*

Değerlendirilmesi" isimli araştırma makalesi, Av. Dr. İsmahan Gülen Erdoğan'ın "Bir Ürün Olarak "Bina"nın Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Müteahhidin 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında İmalatçı Sıfatıyla Sorumluluğu" isimli araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. H. Hilal Tiritöglu Ersoy'un "Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı" isimli araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergiye eserleriyle katkı sunan tüm kıymetli yazarlara teşekkür eder, derginin bilim dünyasına faydalı olmasını temenni ederim.

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi^(*)

Prof. Dr. Yüksel METİN^(**)
Öğr. Gör. Tuba AYKANAT^(***)

Öz

Parlamentarizm-başkanlık tartışmasına yapılan muazzam katkılara ve iki meclisliliğe yönelik artan ilgiye rağmen, başkanlık ve iki meclislilik arasındaki bağlantılar henüz sistematik olarak yeterince incelenmemiştir. Anayasal gelişimdeki önemli tarihsel rolüne rağmen iki meclislilik nadiren araştırma konusu olmuştur. Politika süreçleri ve sonuçları üzerindeki etkileri iyi anlaşılammıştır. Bu çalışmada iki meclisli yapının başkanlık sistemi üzerine etkilerinin araştırılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda ilk olarak iki meclis sisteminin başkanlık sistemine etkileri tespit edilmeye ve farklı bakış açıları gösterilmeye çalışılmıştır. İkinci olarak, iki meclis sisteminin başkanlık sisteminden esinlenerek oluşturulan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin eleştirilen yönlerini ne ölçüde düzeltebileceği sorusuna cevap aranmıştır.

İki meclis sistemi federal devletlerde zorunlu olarak, üniter devletlerde ise siyasi tercih ya da tarihsel mirasın bir sonucu olarak uygulanagelmıştır. İki meclis sisteminin hükümet sistemlerinde olduğu gibi, güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Rasyonel seçim teorisi, alternatifleri olan konularda olası tüm seçeneklerin sıralanması, her birinin maliyet ve getirilerinin hesaplanması ve buna bağlı olarak en uygun kararın verilmesi gerektiğini söyler. Dolayısıyla tercih yapılırken bu hususların göz önünde tutulması gerekir.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.11.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 06.12.2023](#).

[Atıf Şekli: Yüksel Metin ve Tuba Aykanat, 'İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi' \(2023\) 13\(2\) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 913, 953.](#)

[DOI: 10.52273/sduhfd..1390350](#).

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

[E-posta: yukselmetin@sdu.edu.tr](mailto:yukselmetin@sdu.edu.tr).

[Orcid: http://orcid.org/0000-0002-2551-8661](http://orcid.org/0000-0002-2551-8661).

^(***) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Afyon, Türkiye.

[E-posta: tubaaykanat@aku.edu.tr](mailto:tubaaykanat@aku.edu.tr).

[Orcid: http://orcid.org/0000-0002-3495-633X](http://orcid.org/0000-0002-3495-633X).

Makalede ulaşılan temel bulgu, başkanlık sistemi ile iki meclis sistemi arasında kurumsal açıdan teorik bir bağlantının bulunduğu ve bu teorik bağlantının bir sonucu olarak iki meclisli yasama organı tasarımını benimseyen başkanlık sistemlerinin daha başarılı olduğudur. Bununla bağlantılı olarak denge ve denetim sistemini güçlendirecek iki meclis sisteminin Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin işleyişindeki aksaklıkların giderilmesine ve yaşanan sorunların çözümüne katkı sağlayabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İki Meclis, Çift Meclis, Yasama Organı, Başkanlık Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi.

The Effect of the Bicameral System on the Functioning of the Presidential System

Abstract

Despite the enormous contributions to the debate on parliamentary versus presidential systems and the growing interest in bicameralism, the links between presidential and bicameralism have not yet been sufficiently studied systematically. Despite its important historical role in constitutional development, bicameralism has rarely been the subject of research. Its impacts on policy processes and outcomes are not well understood. This study aims to investigate the effects of the bicameral structure on the presidential system. In this context, first of all, the effects of the two parliamentary systems on the presidential system were tried to be determined and different perspectives were shown. Secondly, to what extent the bicameral system can correct the criticized aspects of the presidential government system inspired by the presidential system.

The bicameral system has been implemented in federal states by necessity and in unitary states as a result of political preference or historical legacy. The bicameral system has its strengths and weaknesses, just like systems of government. The theory of rational election states that all possible options should be ranked, the costs and benefits of each should be calculated, and the most appropriate decision should be made accordingly. Therefore, this should be taken into consideration when making a choice.

The main finding of the article is that there is an institutional theoretical link between the presidential system and the bicameral system, and as a result of this theoretical link, presidential systems that adopt the bicameral legislature design are more successful. In this regard, it was concluded that a bicameral system that would strengthen the system of checks and balances could contribute to the elimination of the flaws in the functioning of the presidential government system and the solution to the problems experienced.

Keywords

Bicameralism, Second Chamber, Legislative, House, Presidential System, Presidential Government System.

Extended Summary

Despite the enormous contributions to the debate on parliamentary versus presidential systems and the growing interest in bicameralism, the links between presidential and bicameralism have not yet been sufficiently studied systematically. Despite its important historical role in constitutional development, bicameralism has rarely been the subject of research. Its impacts on policy processes and outcomes are not well understood. This study aims to investigate the effects of the bicameral structure on the presidential system. In this context, first of all, the effects of the two parliamentary systems on the presidential system were tried to be determined and different perspectives were shown. Secondly, to what extent the bicameral system can correct the criticized aspects of the presidential government system inspired by the presidential system.

Of the 190 national parliaments in the world, 78 are bicameral and 112 are unicameral. The bicameral system, a form of structuring the legislature, has been preferred for different reasons. In federal states, it has been applied compulsorily; in unitary states, it has been applied as a result of political choice or historical legacy. Various views have been put forward on the advantages and disadvantages of the bicameral system. The advantages of the bicameral system include slowing down the legislative process, making sudden changes more difficult, improving the quality of legislation, increasing democratic representation, providing checks and balances, minimizing arbitrariness in government actions, and preventing the majority from turning into a tyranny. Arguments against this include delay, additional costs, democratic redundancy, the danger of clogging legislative activities, and becoming the focus of problems instead of a counterweight. It must be acknowledged that there is merit in each of the arguments for and against the two assemblies. The success of bicameral or unicameral systems depends on many factors. The theory of rational election states that all possible options should be ranked, the costs and benefits of each should be calculated, and the most appropriate decision should be made accordingly. Therefore, this should be taken into consideration when making a choice.

The bicameral system was preferred by the constitution-makers for different reasons. The constitutional system, the form of state, the system of government and the social structure are among the main reasons for the bicameral system. The second chambers were supported for representing different social classes, being a check and balance mechanism, contributing to the protection of individual rights and bringing quality to law-making.

The choice of members of the second chamber may depend on the expected benefits of the second chamber. In the majority of countries, members of the second chamber are elected by the people in the same way as members of the first chamber. Some countries adopt procedures such as appointments or certain statuses. A procedure should be determined according to a country's preference for stability or balance.

The powers of the second chamber are another point of contention. There are two systems in which the powers of both chambers are equal and different. If different powers are accepted, the second chamber is usually the more competent chamber. The powers of the second chamber should be determined according to the characteristics of

the countries. In presidential systems, two equally authorized parliaments are like a rule. It is important that the president cannot control both houses at the same time. While the US presidential system has a strong legislature, in some presidential systems the legislature is weak. In a presidential system, the power of control over the executive should be distributed between the two houses. In the US, the power of impeachment, one of the most important control tools, is distributed to both chambers and the chambers are authorized at different stages.

In a bicameral system, parliaments should have a different composition to balance each other. However, the difference between the two chambers should not be sharp enough to cause a conflict. For this purpose, it is necessary to work on the method and time of determining the members. After the formation of the parliaments, harmonization is tried to be achieved through methods such as joint sessions and joint congresses.

The bicameral system is evaluated in terms of the president's veto, appointment of senior officials, ratification of international agreements and budgetary powers. It is accepted that in a bicameral system, more qualified laws would be enacted and therefore the president would use his veto power less. It is generally preferred that senior executives appointed by the president are subject to second chamber approval. This method is thought to enable the president to make moderate appointments based on merit. In the US, international agreements that the president can enact unilaterally are criticized for bypassing the Senate. There should be limits to the international agreements that the president can unilaterally enact. The budget approval procedure should not cause the system to clog. It is clear that a balance should be observed in terms of all these powers.

Turkey may prefer a bicameral system in line with its system of government. A bicameral system could be a solution for some of the flaws of the government system. The second chamber could be given a balancing role vis-à-vis the first chamber and the president. A method of determining members that are in line with Turkey's unitary structure and strengthen democracy and representation may be preferred.

The main finding of the article is that there is an institutional theoretical link between the presidential system and the bicameral system, and as a result of this theoretical link, presidential systems that adopt the bicameral legislature design are more successful. In this regard, it was concluded that a bicameral system that would strengthen the system of checks and balances could contribute to the elimination of the flaws in the functioning of the presidential government system and the solution to the problems experienced.

GİRİŞ

Demokrasiler, günümüzde en ideal yönetim biçimleri olarak kabul edilmektedir. Demokratik yönetimlerde halk egemenlik yetkisini seçtiği temsilcilere aktarmaktadır¹. Parlamentolar ya da diğer bir deyişle yasama organları devletin en üst karar organlarıdır. Seçilen temsilciler tarafından oluşturulmaktadır².

Parlamento, modern anayasal devletlerin merkezidir ve tasarımı hala anayasa yapımcılar tarafından tartışılmaktadır. Parlamentolara ilişkin önemli hususlardan biri de parlamentonun bir veya iki meclisten oluşması sorunsalıdır. İkinci meclislerin ruhu ve amacına ilişkin tartışma yeni değildir³. İki meclis (bicameralism) sisteminin avantaj ve dezavantajları birçok yazar tarafından tartışılmıştır. Ancak bugün bile bir ya da iki meclisin etkinliğine ilişkin kesin bir kanaat yoktur. Tali konular üzerinde ise uzlaşılan hususlar vardır⁴. İkinci meclisin varlığının yasama ve yürütme ilişkileri üzerinde sınırlı etkiye sahip olduğu söylenebilir⁵.

İki meclis sistemi yasama organının ikili yapıda olmasını ifade eden örgütlenme biçimidir. Günümüzde parlamentolar egemenliğin kullanımında vazgeçilmez kurumlar haline gelmiştir. Parlamentoların sahip olduğu bu sınırsız gücü kötüye kullanmasının önüne geçilmesinde iki meclis sistemi önemli alternatifler arasında yer almaktadır. İki meclis sistemi devlet yapısının gereği olarak ya da farklı dinamiklerle tercih sebebi olmuştur. Tarihsel olarak iki meclis sisteminin doğuşu İngiltere’de Lordlar ve Avam Kamarası ile ilişkilendirilmektedir⁶.

¹ Osman Nacak, “Temsili Demokrasinin Sorun Alanları ve Çözüm Noktasında Yeni bir Model: Katılımcı Demokrasi” (2014) (32) Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 194, 195; İnan Özer, “Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler” (1996) 14 (1) Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 71, 74-76.

² Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (5. Baskı, Seçkin 2022) 666.

³ Adrian Vatter, “Bicameralism and Policy Performance: The Effects of Cameral Structure in Comparative Perspective” (2005) 11 (2) The Journal of Legislative Studies 194, 194.

⁴ Nicholas Baldwin ve Donald Shell, *Second Chambers* (Frank Cass 2001) 1-5; George Tsebelis ve Jeannette Money, *Bicameralism* (Cambridge University Press 1997) 11; Vatter, iki meclis sisteminin ekonomik performansı artırmadığını, yürütmenin hakimiyetine engel olmadığını, siyasi istikrarı sağlamadığını, demokrasinin kalitesini artırmadığını ve kadınların seçim başarısını olumsuz etkilediğini savunmuştur. Vatter (n 3) 195.

⁵ Tsebelis ve Money (n 4) 1.

⁶ Babanzade İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye* (Erguvanî 2014) 229; Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki Levha 2021) 278 vd.

Günümüzde dünya üzerindeki ülkelerin yaklaşık üçte biri iki meclis sistemini benimsemiştir. OECD ülkelerinin yarısına yakını da iki meclisli sisteme sahiptir⁷. 2022 demokrasi endeksi raporuna göre tam demokrasi olarak kabul edilen 24 ülkenin 15'i iki meclisli iken 9 tanesi tek meclisli yapıdadır⁸. Genel olarak iki meclis sistemi nüfusu ve yüzölçümü daha büyük ve nüfusun heterojen olduğu devletlerde, tek meclis sistemi ise daha küçük ve daha homojen devletlerde görülmektedir⁹. Almanya, Avustralya, ABD, Fransa, İngiltere, İspanya, İtalya gibi ülkeler iki meclisli parlamento sistemini uygulayan ülkeler arasında yer almaktadır¹⁰. Türkiye de 1876 Kanun-ı Esasi ve 1961 Anayasası ile iki meclisli sistem tecrübesi yaşamıştır. Yeni anayasa veya hükümet sistemi değişikliğine yönelik anayasa reformu tartışmaları çerçevesinde tek meclis veya iki meclis tercihinin tekrar gündeme gelmesi olasıdır¹¹. Hangi sistem Türkiye için daha başarılı sonuçlar verecektir? Bu çalışma başkanlık sistemlerinde iki meclisin etkinliğini araştırırken aynı zamanda Türkiye için de hangi sistemin daha kullanışlı olacağına bir cevap bulmayı hedeflemektedir.

Bugüne değin iki meclis sistemi ile ilgili pek çok akademik çalışma yapılmıştır. İki meclis sistemine ilişkin lehte ve aleyhte görüşler vardır. Kimi yazarlar hak ve hürriyetlerin temini için ikinci meclisin gerekliliğini vurgulayan Locke ve Montesquieu'nun görüşlerinden sonra bu konuya ilişkin leh ve aleyhte söylenecek söz kalmadığını ve ikinci meclislerin aristokratik nitelikleri nedeniyle önemlerini yitirdiğini ifade etmişlerdir¹². Ancak iki meclis sisteminin, hükümet sistemlerine etkisi meselesi şimdikiye kadar hemen hemen hiç değerlendirilmemiştir. İki meclis

⁷ Peri Uran, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Yetkin 2008) 24; Bülent Yavuz ve Mahmut Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye" (2022) 16 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 217, 218; Merve Öztürk, *Türk Parlamento Tarihinde Hız ve Etkinlik Sorunu* (On İki Levha 2022) 108-109.

⁸ Democracy Index 2022, <<https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/DI-final-version-report.pdf>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023. Tam demokratik kabul edilen ülkelerin meclis yapısı araştırılarak veriler oluşturulmuştur.

⁹ Anthony Mughan, "Comparative Bicameralism: A Survey of Global Approaches" (2020) U. Oxford Hum. Rts. Hub. J. 117, 117.

¹⁰ Yavuz ve Bülbül (n 7) 218; Profesör Marcou, Türkiye'nin merkezîyetçi ve üniter yapısı için tek meclisli yapıyı önermiştir. Jean Marcou, "L'experience Constitutionnelle Turque" (1996) (2) *Revue du Droit Public* 425, 425-462.

¹¹ Örneğin Mustafa Erdoğan tarafından hazırlanan bir raporda yasama organının yeniden iki meclisli olarak kurgulanmasının düşünülebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Erdoğan, "Türkiye'de Hükümet Sistemi ve Siyasi Rejim İçin Yeni Bir Perspektif" (2021) (20) *Liberal Perspektif*, 30.

¹² Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (Fakülteler Matbaası 1970) 224-225; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta 2023) 229.

sisteminin hükümet sistemlerinin işleyişine etkisi ortaya konulmadan bu meseleye ilişkin değerlendirmeler noksan kalacaktır. Bu nedenle bu çalışmada iki meclis sistemi kurumunun başkanlık sistemine ilişkin etkilerinin neler olacağı sorusunun cevabı aranmıştır.

I. İKİ MECLİS SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

Bu başlık altında iki meclis kavramı ile iki meclis sisteminin doğuşu ve zaman içinde gelişimi üzerinde durulmuştur. Ülkelerin iki meclis sistemini tercih gerekçeleri belirlenmeye çalışılmıştır. İki meclis sisteminin evrimi kronolojik olarak incelenmiş ve sistemi destekleyen düşünsel gerekçelerin izi sürülmüştür.

A. İki Meclis Sistemi Kavramı

İki meclis, yasama organının ikili yapıda olması ya da yasama organının müzakerelerinin iki ayrı mecliste gerçekleşmesidir¹³. İki meclisli parlamentolarda meclislerden biri halkın genelinin, diğeri halkın çeşitli kesimlerinin temsilcilerinden oluşmuştur. İkinci meclisler genellikle denge ve denetim amacıyla oluşturulmuştur¹⁴.

İkinci meclislerin üyelik şartları, üyelerini belirleme yetkisi, üyelerinin belirlenme usulü farklı tercihlere konu olabilmektedir. İkinci meclislerde üye olarak görevden ayrılmış devlet yöneticileri, önemli hizmetlerde bulunmuş olanlar, toplumun önde gelen aydınları, belirli meslek gruplarının temsilcileri gibi birinci meclis üyelerine kıyasla daha özel şartlara sahip olanlar seçilebilmiştir. Üyeleri belirleme yetkisi devlet başkanına, yasama organına veya halka ait olmuştur. Üyeler seçim veya atama gibi usullerle belirlenmiştir.

Yasama organlarının kendilerine has isimleri vardır. İki meclisten oluşan yasama organı, parlamento teriminin üretildiği Fransa ve parlamenter sistemi benimseyen ülkeler haricinde genelde “kongre” adını almaktadır¹⁵. İki meclisli parlamentolarda halkı temsil eden meclis “Millet Meclisi, Temsilciler Meclisi, Birinci Meclis” (The National Assembly) olarak adlandırılmaktadır. İki meclisli parlamentolarda daha seçkin ve daha dar temsil ile oluşan diğeri meclis ise “Senato, İkinci Meclis, Üst Meclis” (Senote, Upper Chamber, Upper Houses¹⁶) olarak isimlendirilmektedir. Birinci meclis

¹³ İlhan Arsel, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler” (1954) 12 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60, 64.

¹⁴ Anayurt (n 2) 668.

¹⁵ Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri* (İthaki 2014) 238.

¹⁶ Mughan (n 9) 117.

üyelerine “milletvekili” (deputy), ikinci meclis üyelerine “temsilci” (representative) denilmektedir. Bu adlandırmaların karşılığı olan meclisler bazı ülkelerin kendi dillerindeki adları ile tanınmıştır. Örneğin Almanya “Federal Meclis (Bundestag) -Federal Konsey (Bundesrat)”, İngiltere “Avam Kamarası-Lordlar Kamarası”, Rusya “Devlet Duması -Federal Kurul” adlarını kullanmaktadır. Japonya Parlamentosu “Diet”, Kırgızistan yasama organı “Jogorku Kengeş” adlarıyla anılmaktadır¹⁷. Kanun-ı Esasi’de parlamento Meclis-i Umumi adıyla, meclisler ise Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan adlarıyla düzenlenmiştir. 1961 Anayasası Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere iki meclis olarak düzenlemiştir¹⁸.

B. İki Meclis Sisteminin Gerekçeleri

İki meclis sistemi anayasa hukukun geleneksel tartışma konularından biridir. Teziç, iki meclis sisteminin benimsenmesinde kurucu iktidarın siyasi tercihi ile federal devlet yapısının etkisi kadar toplumun sosyal yapısının da belirleyici olduğunu vurgulamıştır¹⁹. Eren yasama organının tek ya da iki meclisli olmasının anayasal sistemle, devletin şekliyle ve hükümet sistemiyle bağlantılı olduğunu belirtmiştir²⁰. Ganghof ve arkadaşları iki meclisli yapılanmanın parlamenter sistemlere ve başkanlık sistemlerine önemli ve yeterince takdir edilmeyen bir alternatif sunduğunu iddia etmişler; ayrıca rakip demokrasi modelleri ve vizyonları arasında belirli bir denge sağlayabileceğini savunmuşlardır²¹.

Yasama organının iki farklı meclise bölünmesi bazı temel gerekçelere dayanmıştır. Bu gerekçeler aynı zamanda iki meclisin ortaya çıkış sebepleridir. İlk olarak iki mecliste farklı çıkarların temsili amaçlanmıştır. Bu çıkar grupları, sınıf temelli olarak aristokrasiyi temsil eden Lordlar ve halkı temsil eden Avam kamarasından esinlenilerek oluşturulmuştur. Günümüzde meclisin soylulara ayrılması fikri meşruiyetini yitirmiş olsa da farklı siyasi, ekonomik veya sosyal çıkarları karşılamak veya böylece daha geniş bir sosyal ve siyasi uzlaşmaya dayalı yasaların çıkarılmasını teşvik etmek için iki meclisin kullanılması fikri varlığını

¹⁷ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (4. Baskı, Seçkin 2022) 668; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi I* (2. Baskı, Ekin 2020) 835.

¹⁸ Kanun-ı Esasi m. 42; 1961 Anayasası m. 63.

¹⁹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (10. Baskı, Beta 2005) 369.

²⁰ Eren (n 17) 668.

²¹ Steffen Ganghof, Sebastian Eppner ve Alexander Pörschke, “Australian bicameralism as semi-parliamentarism: Patterns of Majority Formation in 29 Democracies” (2018) 53 (2) Australian Journal of Political Science 211, 211.

sürdürmektedir. İki meclis sisteminin bir diğer gerekçesi ise denge ve denetleme sistemini güçlendirerek özgürlüklerin ve bireysel hakların korunmasına katkı sunmaktır. Yasama organının ikiye bölünmesi ile çoğunluğun tiranlığına karşı bir engel oluşturulmaktadır²². Üçüncü olarak ikinci meclis yasa yapımına dahil edilmekte ve yasaların kalitesinin artırılması hedeflenmektedir. Son olarak iki meclis sistemi, personel değişiklikleri, tercih değişiklikleri ve sonuçlardaki değişikliklerden kaynaklanan istikrarsızlık sorununa bir çözüm olarak düşünülmüştür²³. Aynı hedefler birçok anayasa yapıcısına ilham kaynağı olmuş ve bu hedeflere ulaştıracak mekanizmalar kurulmaya çalışılmıştır. Dünya Senatolar Forumu'nun 2000 yılı bildirgesinde; ikinci meclislerin görevini temsil çeşitliliğini artırmak, merkezi yönetim ile yerel ve bölgesel makamlar arasında ilişki kurmak, desantralizasyonu güçlendirmek, kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğünü sağlamak, yasama faaliyetleri ve siyasi tartışmalardan kamuoyunu haberdar etmek olarak saymıştır²⁴.

İktidarın sınırlandırılması, yasama organının denetlenmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, temsil kapsamının genişletilmesi, tarihi, siyasi ve sosyo-ekonomik nedenler iki meclis sisteminin ortaya çıkma sebepleri arasında görülmektedir²⁵. İki meclis sistemi; hem sınıflı toplumlar ve federal devletler hem de cumhuriyetçi yönetimler ve üniter sistemler tarafından benimsenmiştir. Statü-koyu korumak, farklı seçmenlerin tercihlerini bir araya getirmek ve yasama düzenlemelerini iyileştirmek için kullanılmış ve bunlar iki meclis sisteminin gerekçeleri olarak açıklanmıştır²⁶. Örneğin 1961 Anayasası Demokrat Parti'nin hükümet darbesi öncesi parlamento üstünlüğüne tepki olarak, bir denge ve fren aracı olacağı ümidiyle iki meclis sistemini benimsemiştir²⁷.

İkinci meclis olarak adlandırabileceğimiz meclisler farklı temsil temeline sahiptir. Kimi zaman sosyal sınıfların, ekonomik çıkarların veya bölgesel çeşitliliğin

²² William H. Riker, "Justification of Bicameralism" (1992) 13 (1) International Political Science Review 101, 113.

²³ Mariana Llanos ve Detlef Nolte, "Bicameralism in the Americas: Around the Extremes of Symmetry and Incongruence" (2003) 9 (3) The Journal of Legislative Studies 54, 60; Uran (n 7) 6 vd.

²⁴ Oğuz Kaan Doğan, "Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi" (2011) 94 TBB Dergisi 375, 381.

²⁵ Uran (n 7) 6 vd.

²⁶ Tsebelis ve Money (n 4) 13.

²⁷ Tunca Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri" (2011) 21 (2) Türkiye Mecmuası 291, 291-299; Bahri Savcı, "1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış" (1964) 19 (3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 11, 35-36.

çıkartmalarını temsil etmişlerdir. Bunlardan en yaygın olanı bölgesel temsildir ve ABD Senatosu en iyi bilinen örnektir. İngiliz Lordlar Kamarası'nın temsil temeli sosyal sınıftır. İrlanda Senatosu'nun üyelerinin çoğu kültür ve eğitim, tarım, iş gücü, sanayi ve ticaret, kamu yönetimi ve sosyal hizmetler gibi kümelerin temsil edildiği işlevsel temsil örneğini oluşturmuştur²⁸.

İkinci meclisler bir denge unsuru olarak görülmüşlerdir. Yasama organına belirli bir çoğunluğun egemen olmasının kararlı bir liderliği, tutarlı siyaset izlemeyi ve hızlı karar almayı kolaylaştıracağı konusunda genel bir kanı vardır. Bu genel kanının aksine ileri sürülen görüşler de vardır²⁹. Hızlı karar almak her zaman alınan kararların bilgece olduğu anlamına gelmemektedir ve hatta zararlı olma ihtimali vardır. Çoğunlukçu hükümetler tarafından yürütülen sözde tutarlı politikalar daha sonra iş başına gelenler tarafından reddedilebilir ve hatta keskin değişimlerle sonuçlanabilir. Halkın geniş kesimlerinin temsilinin sağlandığı ve geniş bir uzlaşmanın sağlandığı politikalar daha başarılı ve istikrarlı bir şekilde uygulanabilir. Bölünmüş toplumlarda iç barışı sağlamak için bu grupların karar alma süreçlerine katılımı önemlidir³⁰. Bu sayılan amaçları gerçekleştirmeye iki meclis yapısı olumlu katkı sunabilir.

C. İkinci Meclislerin Birinci Meclislerden Farkı

Birinci ve ikinci meclisler arasında belirgin farklar vardır. Önemli farklardan ilki, ikinci meclislerin seçilme usulüdür. İkincisi, ikinci meclislerin birinci meclislerden genel olarak daha küçük olmasıdır. Üçüncüsü, yasama dönemlerinin ikinci meclislerde birinciye oranla daha uzun olmasıdır. Son fark ise ikinci meclislerin ortak özelliği olan dönüşümlü seçimlerdir.

Birinci meclislerin üyeleri genel seçimler yoluyla belirlenirken, ikinci meclislerde farklı usuller öngörülmüştür. Doğrudan veya dolaylı seçimler ikinci meclis üyelerinin belirlenme usulleri arasındadır. Veraset ve soy esası, bölgesel veya sınıfsal temsil kabiliyeti, devlet başkanı tarafından atanma veya çeşitli kıstasların birlikte kullanılması ikinci meclis üyelerinin belirlenme yollarıdır.

Genellikle ikinci meclislerin üye sayıları birinci meclislere nazaran daha azdır. Yani ikinci meclisler birinci meclislerden genel olarak daha küçüktür.

²⁸ Mughan (n 9) 118.

²⁹ Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş* (İmaj 2000) 287; Öztürk (n 7) 109; A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (S Yayınları 1991) 167-168; Cem Eroğul, *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri* (AÜSBF 1977) 85-86.

³⁰ Lijphart (n 15) 311.

Lijphart'ın incelediği 14 demokratik ülkenin ikinci meclislerinde ortalama üye sayısı 155, birinci meclislerde ortalama üye sayısı 365 olarak tespit edilmiştir³¹.

İkinci meclislerin görev sürelerinin birinci meclislere kıyasla daha uzun olması yaygın bir uygulamadır. İki meclisin görev süreleri karşılaştırıldığında istisnalar hariç birinci meclislerin görev sürelerinin 2 ila 5 yıl arasında, ikinci meclislerin görev sürelerinin 4 ila 9 yıl arasında olduğu görülmektedir³².

Dönüşümlü seçimlerle üyelerin bir kısmı birkaç yılda bir yenilenmekte, tümü aynı anda değişmemektedir. Örneğin Avustralya, Hollanda, Japonya'da ikinci meclis üyelerinin yarısı her üç yılda bir yenilenmektedir. Türkiye'de 1961 Anayasası döneminde ikinci meclis olan Cumhuriyet Senatosu'nun genel oyla veya cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerinin üçte biri her iki yılda bir yenilenmiştir (m. 73).

Bu dört özellik meclislerin nasıl görev yapacağını etkilemekte; ancak güçlü ve anlamlı bir kurum olup olmasını değiştirmemektedir³³.

D. İki Meclis Sisteminin Tarihi Gelişimi

İlk parlamento olarak kabul edilen İngiliz parlamentosu 13. yüzyıla uzanan bir geçmişe sahip olmasına karşın, iki meclisli parlamentolar 18. yüzyılda yaygınlık kazanmışlardır. Teorik tartışmalar daha eski tarihlere uzanmaktadır. Çoklu müzakere meclislerinin yararları üzerine tartışmalar yüzyıllar öncesine gitmektedir. Eski tarihli siyasi kurumlar, daha modern iki meclisli yasama organlarının bazı özelliklerini taşımaktadır³⁴.

Tarihsel olarak iki meclis sisteminin kökeni İngiltere'ye dayanmaktadır³⁵. İki meclis sistemi İngiltere'de parlamenter sistemin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkmıştır. Modern parlamentoların atası sayılabilecek olan Magnum Concilium ilk başlarda danışma meclisi iken Magna Carta Libertatum ile vergi koyma yetkisini

³¹ Lijphart (n 15) 63.

³² Lijphart (n 15) 214, 424.

³³ Lijphart (n 15) 241-242; Tek ve iki meclis sisteminin farklı açılardan kıyaslaması için bkz. (Meclisler, temsil ve yanıt verilebilirliği- hukukun istikrarı- yasa yapıcıların hesap verilebilirliği- yasama organının yetki ve etkisi- yasama organında güç birikmesi- yasa kalitesi- verimlilik ve ekonomi- gelenek-radikal ayrımları dikkate alınarak karşılaştırılmıştır.) *Tom Todd, Unicameral or bicameral state legislatures: The Policy Debate*. Research Department Minnesota House of Representatives, 1999.

³⁴ Tsebelis ve Money (n 4) 15.

³⁵ Anayurt (n 2) 669; Arsel (n 13) 66.

elde ederek parlamento ayrıcalığına sahip olmuştur. Başlangıçta üst düzey feodal beyler ve belli sayıda kilise mensuplarından oluşmuştur. Ülke nüfusunun büyük bir bölümünü temsil eden diğer sınıflardan da vergi almak için Kral şehir temsilcilerini de toplantılara davet etmiş ve oluşan meclise Communitas Concilium adı verilmiştir. Bir müddet sonra aristokratlar, halkın temsilcileri ile aynı salonda oturmak istemeyince ayrı ayrı toplanmaya başlamıştır. Aristokratlar Lordlar Kamarasını, halkın temsilcileri Avam Kamarasını oluşturmuştur. Böylece İngiliz parlamentosu tarihi süreç içerisinde kendiliğinden iki meclisli bir oluşuma dönüşmüştür³⁶.

Fransa kimi zaman tek meclisli olmuşsa bile parlamento hegemonyasına engel olmak ve özgürlükleri daha iyi korumak düşüncesi ile iki meclis sistemini benimsemiştir. Fransa’da iki meclisin temelleri Montesquieu’nun güçler ayrılığı ilkesine dayanmaktadır³⁷. ABD’de iki meclis sistemi, kurulan federal devletin zorunlu bir unsuru olarak ortaya çıkmıştır³⁸.

BM üyesi 193 ülkenin yaklaşık yarısı iki meclis sistemini benimsemiş görünmektedir. 193 Devletten 79 tanesi iki meclisli, 114 tanesi tek meclislidir³⁹. Son yıllarda nispeten küçük ülkeler olan Yeni Zelanda (nüfus 3,5 milyon), Danimarka (nüfus 5,2 milyon), İsveç (nüfus 8,7 milyon) Norveç (nüfusu 5,4 milyon), Finlandiya (nüfusu 5,5 milyon) ve İzlanda (nüfusu 400 bin) tek meclisli yapıya geçmiştir. Polonya, Romanya, Çekya, Slovenya, Hırvatistan, Güney Afrika gibi bazı devletlerde yakın zamanda iki meclisli yapıyı tercih etmiştir⁴⁰. Almanya ve İsviçre gibi federal devletlerde tek meclisli parlamentolardan zamanla iki meclisli parlamentolara geçmişlerdir⁴¹. Lijphart, çoğunlukçu modelin tekli meclis yapısını, saf oyaşmacı modelin güçlü iki meclis yapısını öngördüğünü belirtmiştir⁴².

³⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukun Genel Esasları* (13. Baskı, Ekin 2021) 330 vd; Arsel (n 13) 66 vd; Abidin Kadir İnce, “Ana Hatlarıyla Çift Meclis Sistemi” (2023) 5 (1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 382, 389 vd; Yavuz ve Bülbül (n 7) 220.

³⁷ Anayurt (n 2) 669.

³⁸ İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku: Demokrasi* (Doğuş Matbaacılık 1964) 34.

³⁹ Bkz. <<https://aceproject.org/epic-en/CDTable?view=country&question=ES004>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2023; Eren (n 17) 668.

⁴⁰ Meg Russell, “Second Chambers Overseas” (1999) 70 (4) *The Political Quarterly* 411, 411; Anayurt (n 2) 670.

⁴¹ Russell (n 40) 411.

⁴² Lijphart (n 15) 237.

Türkiye’de 1876 Kanun-ı Esasi ile 1961 Anayasası iki meclisli, 1921, 1924 ve 1982 Anayasaları tek meclisli parlamento yapısını tercih etmiştir. Her ne kadar 1924 Anayasası, tek meclis sistemini kabul etmiş olsa da hazırlanması sırasında ikinci bir meclis kurulması yönünde görüşler ileri sürülmüş, kanun yapımında kalitenin artırılması açısından yararlı olabilecek, çoğunlukla uzman ve akademisyenlerden oluşan; ancak yine millet tarafından seçilen bir ikinci meclisin kurulması tartışılmıştır. Tüm bunlara karşın ikinci meclis fikri, Cumhuriyet devrimlerinin tamamlanmamış olması, ortaya çıkan yeni gelişmeler karşısında hızlı karar alabilen ve bu kararları uygulayan bir meclis gerekliliği sebepleriyle kabul edilmemiştir⁴³.

Çok partili siyasal hayata geçilmesinden sonra başta siyasi partiler olmak üzere çeşitli çevrelerde yeni bir anayasanın hazırlanması gerektiği ve bu yeni anayasada temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için bazı kurumların, özellikle ikinci bir meclisin kurulması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır. Örneğin Milli Kalkınma Partisi tüzüğünde 40 üyeden oluşacak bir Ayan Meclisi’nin kurulması öngörülmüştür. Millet Partisi’nin programında ise *“bazı fevri cereyanların kanunlaşması imkanını önlemek ve kanunların daha esaslî surette incelenmesini sağlamak için halk tarafından seçilmiş bir Ayan Meclisi’nin kurulması”*nin zaruri olduğu ifade edilmiştir. Hürriyet Partisi’nin 1957 tarihli ana nizamnamesi ve programında da birinci meclisin yanında seçimi ve üyeliği özel şartlara bağlanmış ikinci bir meclisin kurulmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. İkinci Meclisin gerekliliği Cumhuriyet Halk Partisi’nin 1957 seçimlerinden önce yayımladığı seçim beyannamesinde de vurgulanmıştır⁴⁴. O dönemin tanınmış bazı siyasetçileri ile akademisyenleri de iki meclis sisteminin kurulmasını savunmuşlardır. Örneğin 13. Türkiye Başbakanı Nihat Erim’e göre⁴⁵, *“ikinci bir meclis kurulduğu takdirde bu meclis, teşekkül tarzı itibarıyla, yumuşatıcı, fevri ve ani kararların önüne geçici, devletin esas müesseselerini günlük politika ihtiraslarından koruyucu bir rol oynayacaktır. Tek meclisin diğer bir mahsuru da kanunların bazen aceleye gelmesi yüzünden, ihtiyacı karşılayamaması, kanun tekniği bakımından da sakat çıkmasıdır. Bu, her tek meclisli sistemde görüldüğü üzere, bizde de görülmektedir. İkinci meclis kanunları bir süzgeçten daha geçirecektir.”* Nihat Erim, 1947 yılında anayasa değişikliğini ve bu bağlamda ikinci meclisin kurulmasını savunurken, Anayasa profesörü ve siyasetçi Ali Fuat Başgil, 1924

⁴³ Mehmet Utku Öztürk, *1961 Kurucu Meclisi* (On İki Levha 2016) 179.

⁴⁴ Uran (n 7) 201-202.

⁴⁵ Taha Akyol, *Kuvvetler Ayrılığı Olmayınca* (2. Baskı, Doğan Kitap 2021) 180.

Anayasasında iktidarlara karşı temel hak ve hürriyetleri koruyacak kurumların olmadığına dikkat çekmekte ve ikinci meclisin sağlayacağı faydalardan söz etmekteydi. Başgil'e göre *"ikinci meclis devlet hayatında istikrar temin eder ve vatandaş hak ve hürriyetlerinin bekçisi olur. İyi kanunlar yapılmasını sağlar ve parti ihtiraslarını frenler."*⁴⁶. 1961 Anayasası'nı hazırlayan komisyonun üyelerinden Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı da ikinci meclisi savunanlar arasındadır. Kubalı, kurulacak ikinci bir meclisin, hükümetle diğer meclis arasında bir hakem rolü oynayarak denge kuracağını, daha isabetli, hak ve özgürlükler için daha saygılı kanunların yapılmasını da mümkün kılacağını ileri sürmüştür. Prof. Dr. İsmet Giritli de iki meclis sistemini savunan hukukçulardan biridir. Giritli, yargısal denetimin yanında siyasi organın yine bir başka siyasi organ tarafından denetlenmesi ve frenlenmesinin insan hakları ve demokrasi bakımından yararlı bir güvence oluşturacağını, özellikle iki meclis sisteminin büyük bir ihtiyacı karşılayacağını, hukuk kurallarına saygılı, iyi niyetli ve becerikli bir iktidar için bu kurumun büyük yardımlar sağlayabileceğini ifade etmiştir. İki meclis sistemi konusunda çalışmaları olan Prof. Dr. İlhan Arsel, demokratik ülkelerdeki iki meclis sistemini benimseme yönündeki eğilimin, demokrasinin tehlikelerini önlemek ve mahsurlarını azaltmak amacıyla ortaya çıktığını savunmuştur. Arsel'e göre, yasama organının iki ayrı meclisten oluşması çoğunluk iktidarını sınırlandırmak ve azınlıkta kalanları korumak bakımından etkili bir tedbirdir⁴⁷.

Tüm bu tartışmalar ve arayışlar yeni anayasa ya da anayasa değişikliği yoluyla ikinci meclisin kurulmasını sağlayamamıştır. Bununla birlikte ikinci meclisin kurulmasına yönelik öneri ve görüşler 1961 Anayasasının yapılması aşamasında etkili olmuş ve iki meclis sisteminin kabul edilmesini kolaylaştırmıştır. Gerçekten 1961 Anayasasının yapım aşamasında iki meclis sisteminin olumsuz yanları gündeme gelse de olumlu yanlarının daha fazla olduğu görüşü ağır basmıştır. İki meclis sistemiyle Anayasa ve insan haklarına aykırı kanunların çıkarılmasının önlenilebileceği, meclis içi azınlığın meclis çoğunluğuna karşı korunabileceği, yasama organının makul ve dengeli bir kuvvet olacağı ve kanun yapım süreçlerinin esaslı surette iyileştirileceği düşünülmüştür⁴⁸.

⁴⁶ Akyol (n 45) 185.

⁴⁷ Uran (n 7) 205-207.

⁴⁸ Öztürk (n 43) 180.

1982 Anayasası ile tekrar tek meclis sistemine dönülmüştür. Tek meclis sistemine geçilme sebebi 83. madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:⁴⁹

“1961-1980 arası uygulama bu düzenlemenin büyük bir yarar getirmediyini ortaya koymuştur. Her ne kadar klasik parlamenter sistemde iki meclisli yasama organı var ise de çağdaş parlamentolarda bu anlayış eskimiştir. Cumhuriyet Senatosu ne hükümetin kuruluşunda ve düşürülmesinde ne de diğer yasama görev ve yetkilerin kullanılmasında önemli bir rol oynamamakta idi. Ayrıca Kanunların yapılışında zaman kaybına da neden olmakta idi. Kuruluş bakımından da millet iradesine dayanmadan Cumhuriyet Senatosu üyeliğinin kazanılmasına yer veren bir meclisti. Yirmi yıllık uygulamada Cumhuriyet Senatosunun siyasî uyuşmazlıkların çözümünde de önemli bir rolü olmadığı görülmüştür. Ayrıca iki meclisli yasama organı olarak tarihî ve federal yapıdan kaynaklanmaktadır. Cumhuriyetin kuruluşunda da 2 nci Meclise bütün bu nedenlerle ihtiyaç duyulmamıştı. Bütün bu haklı nedenler yasama organının tek meclisli bir yasama organı olarak düzenlenmesini gerektirmiştir.”

Farklı anayasal tercihler sonucunda Türkiye hem tek hem de iki meclis tecrübesi yaşamıştır⁵⁰.

II. BAŞKANLIK SİSTEMİNDE ORGANLARIN BİRBİRİNDEN BAĞIMSIZLIĞI AÇISINDAN İKİ MECLİS

Başkanlık sisteminin diğer sistemlerden ayırt edici özelliği, sert kuvvetler ayrılığına dayanmasıdır. Bu ayrılık organların göreve geliş usulünde, organların görevlerinde ve organların ilişkilerinde bağımsızlık olarak sayılabilir⁵¹. Başkanlık sistemlerinde yürütme organının temsilcisi doğrudan ya da dolaylı olarak halk tarafından seçilir ve varlığını sürdürebilmek için yasama organının siyasi desteğine ihtiyaç duymaz. Bu nedenle yasama ve yürütme arasındaki ilişki ikinci bir meclisin varlığıyla nadiren doğrudan değişir⁵². Kuvvetler ayrılığı başkanlık sisteminin en belirgin özelliği olmakla birlikte yeni kuvvetler ayrılığı teorisi, hükümet sisteminin yol açacağı tıkanıklıkları önlemek için yürütme ve yasama kuvvetlerinin birbiri ile uzlaşa halinde çalışması gerektiğini savunmaktadır⁵³.

⁴⁹ Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu (Haz), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi 2021) 421-422.

⁵⁰ Eren (n 17) 668; Yavuz ve Bülbül (n 7) 219.

⁵¹ Anayurt (n 2) 453 vd.

⁵² Tsebelis ve Money (n 4) 1-2.

⁵³ Akif Tögel, *Başkanlık Sisteminde Parlamentolar* (Adalet 2018) 65.

A. İkinci Meclisin Göreve Gelişi Açısından Bağımsızlığı

Başkanlık sisteminin tasarıyıcıları kurumların bağımsız olmasını, sahip oldukları statü ile yerine getirdikleri fonksiyonları bakımından eşit olmasını istemişlerdir. Başkanlık sisteminde tek bir güç merkezi yoktur. Sayılan özellikleri sağlayan hususlardan bir tanesi yürütme ve parlamentonun birbirinden bağımsız şekilde göreve gelmesidir. Yürütme ve yasama organlarının her biri meşruiyetini halktan alır. Parlamento sistemin aksine yasama ve yürütmenin varlığı birbirine bağlı değildir. Bu ayrılığı anlamlı kılmak için her iki organın seçiminin farklı tarihlerde yapılması öngörülmüştür⁵⁴.

Birinci meclislerle ikinci meclislerin seçilme yöntemleri farklıdır. Birinci meclisler çoğunlukla doğrudan halk tarafından seçilir. İkinci meclislerin üyelerinin demokratik kimlikleri, her zaman doğrudan seçilmemesi sebebiyle zayıflamaktadır. İki meclis sistemini benimseyen ülkeler ikinci meclis üyelerini veraset, soyluluk, sosyal ve ekonomik sınıflar arasından seçilenlerin hükümetçe atanması, dolaylı seçim, doğrudan seçim, bölgesel temsil, devlet başkanının ataması ya da bunlardan ikisinin kombinasyonu gibi yollarla belirlemektedir⁵⁵. İkinci meclisler arasında atama yöntemi dışında çok sayıda farklılık bulunmaktadır. Mughan, her bir meclisin kendi tarihi, gelenekleri ve zaman içinde yerleşmiş norm ve uygulamaları, anayasal statüleri ve ülke hukuku üzerindeki etkileri ile benzersiz görüldüğünü vurgulamıştır. Ancak derinlemesine incelendiğinde bütün farklılıklara rağmen benzer amaçları benimsediklerini ifade etmiştir⁵⁶.

Venedik Komisyonu, birinci meclislerin aksine ikinci meclislerin doğrudan genel oyla seçilmemesini önermiştir. Böylece istisnai durumlar dışında birinci meclisin kanunların kabul edilmesinde son sözü söylemesine ve hükümetleri devirme konusunda tek yetkiye sahip olmasına olanak sağlanmalıdır⁵⁷. Venedik Komisyonu ayrıca ikinci meclislerin seçim yönteminin oluşturulma amacı doğrultusunda belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin ikinci meclisin amacı, yerel otoritelerin temsili ise yerel otoriteler temsilcilerini kendileri belirlemelidir⁵⁸.

İki meclis sisteminin benimsendiği ülkelerin çoğunda ikinci meclisler de birinci meclisler gibi halk tarafından seçilmektedir. 2009'a kadar Norveç yasama meclisi üyeleri bir bütün olarak seçilmiş, seçim sonrası üyelerinin dörtte biri ikinci bir

⁵⁴ Gözler (n 36) 230 vd.

⁵⁵ Elliot Bulmer, *Bicameralism* (International IDEA Institute 2017) 15 vd.

⁵⁶ Mughan (n 9) 117-118.

⁵⁷ Patrice Gelard, "Report on Second Chambers in Europe" (2006) Venice Commission, 11.

⁵⁸ Gelard (n 57) 10.

meclisi oluşturmak için bölünmüştür. İzlanda'da benzer şekilde ikinci meclis, seçilen yasama meclisi üyelerinin üçte biri tarafından oluşturulmaktadır⁵⁹. Romanya'da ikinci meclis halk tarafından doğrudan doğruya, genel, eşit ve gizli oy ilkelerine ve nispi temsil esasına uygun olarak 4 yıl için seçilmektedir. Japonya Danışmanlar Meclisi, ülkeyi nüfus esasına göre temsil eden seçilmiş üyelerden oluşmaktadır⁶⁰. Ancak az sayıda ülkede üyelerin bir kısmı atanma yoluyla veya farklı yollarla seçilebilmektedir. Örneğin Türkiye'nin 1961 Anayasası gereğince Cumhuriyet Senatosu'na Cumhurbaşkanı 15 üye seçmiştir⁶¹. Ayrıca Milli Birlik Komitesi'nin başkan ve üyeleri arasından seçilen 23 kişi Cumhuriyet Senatosu'nun tabii üyesidir⁶².

Üyeleri seçim usulü yerine atamayla belirlenen ikinci meclislerin meşruiyeti genellikle daha zayıftır. Meşruiyetlerinin zayıf olmasından dolayı sahip oldukları yasal yetkilerini tam olarak kullanamazlar. Örneğin Kanada'nın atanmış ve Hollanda'nın dolaylı olarak seçilmiş ikinci meclisleri kendi anayasalarının metinlerine göre tüm yasalar üzerinde mutlak veto yetkisine sahiptir. Ancak uygulamada demokratik meşruiyetten yoksun olarak algılandıkları için bu yetkiler sınırlı şekilde kullanılmaktadır. Buna karşın Avustralya'nın doğrudan seçilen Senatosu ile meşruiyetini eyalet hükümetlerinden alan Alman Bundesrat'ı yetkilerini kullanmada çok daha güçlü ve iddialıdır⁶³.

İkinci meclislerin kısmi seçimlerle sürekli olarak yenilenmesinin pozitif ve negatif sonuçları olabilir. Sistemin istikrarı ve devamlılığına katkıda bulunması, dönemler arasında yumuşak bir geçiş sağlanması pozitif katkılardır. İkinci meclis üyelerinin görev sürelerinin kademeli olması hükümet değişiklikleri sırasında süreklilik sağlar. Ancak toplumun görüşünün değişmesi halinde toplumun eski görüşlerini yansıtan üyelerin varlığı negatif bir etki olarak değerlendirilebilir⁶⁴. Eğer ikinci meclis doğrudan seçiliyorsa kademeli seçimler iki meclis arasında uyumsuzluğa neden olabilir. Çünkü ikinci meclis seçimlerindeki oylar görevdeki çoğunluğa karşı bir protesto oyu olarak kullanılabilir⁶⁵.

⁵⁹ Lijphart (n 15) 239.

⁶⁰ Uran (n 7) 48.

⁶¹ Şeref İba, *Parlamento Hukuku* (Seçkin 2022) 40.

⁶² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2022) 43.

⁶³ Bulmer (n 55) 14.

⁶⁴ İnce (n 36) 420.

⁶⁵ Bulmer (n 55) 18.

B. İkinci Meclisin Görevlerinde Bağımsızlığı

Birinci ve ikinci meclisin yetkileri arasında genel olarak farklılık bulunmaktadır. İki meclisli yapılarda meclisler eş değer yetkilerle donatılabileceği gibi biri diğeri karşısında daha üstün yetkilere sahip olabilir. Genellikle eşitlik esası federal devlet parlamentolarında görülmektedir. Üniter yapıli devletlerde çoğunlukla birinci meclisler ikinci meclislere nazaran daha fazla yetkiye sahip olmaktadır⁶⁶. İkinci meclisin meşruiyeti ne kadar güçlüyse yetkilerini tam olarak kullanma olasılığı da o kadar yüksek olacaktır⁶⁷. Tsebelis ve Rasch'ın yaptığı araştırmalar daha az yetkilere sahip ikinci meclislerin bile güçlü birinci meclislerden imtiyazlar elde ettiğini veya kanun tekliflerini iptal edebildiğini göstermiştir. İkinci meclislerin bunu başarmasını ikinci meclislerin bilgeliği ve görüşlerinin halk tarafından daha çok itibar görmesi ile açıklamışlardır⁶⁸.

İki meclisli sistemler sahip oldukları yetkiler bakımından simetrik ve asimetric iki meclisler olarak ikiye ayrılmaktadır. Meclislerin eşit yetkilere sahip olduğu sistem "simetrik iki meclis sistemi" adını alırken, ikinci meclislerin eşit yetkilere sahip olmadığı sistem "asimetrik iki meclis sistemi" olarak adlandırılır. ABD parlamentosu⁶⁹ ve Romanya⁷⁰ eşit yetkilere sahip simetrik iki meclis sistemi örnekleridir. Yasama simetrisi, iki meclis arasındaki güç farkını ölçen boyuttur. Yetkiler ne kadar dengeliyse iki meclisli sistem o kadar simetriktir. Güç farkını belirleyen şey hem yasa çıkarma hem de yürütme organını kontrol etmeyi ifade etmektedir⁷¹.

Asimetrik iki meclis sistemi, geniş bir alana yayıldığı için ikili bir ayırım yapılmıştır. Birinci meclise kıyasla daha az olmakla birlikte önemli yetkilere sahip bir ikinci meclisli yapı "ılımlı asimetrik", ikinci meclisin işlevsiz yetkilere sahip olduğu yapılar "aşırı asimetrik" iki meclis olarak tanımlanmaktadır⁷². Lijphart iki meclis siyasi sistemini temsil bileşiminin farklı olup olmamasına bağlı olarak yasama

⁶⁶ Anayurt (n 2) 670.

⁶⁷ Bulmer (n 55) 14.

⁶⁸ George Tsebelis ve Bjorn Erik Rasch, "Patterns of Bicameralism" in Herbert Dönig (Ed) Parliaments and Majority Rule in Western Europe (Mannheim Centre for European Social Research) 365-390.

⁶⁹ İnce (n 36) 439; Uran (n 7) 162-163; Lijphart (n 15) 243-244.

⁷⁰ Lijphart (n 15) 243 vd.

⁷¹ Andres Malamud ve Martin Costanzo, "Subnacional Bicameralism: The Argentine Case in Comparative Perspective" in XIX World Congress of the IPSA (2003) 7; Vatter (n 3) 199.

⁷² Uran (n 7) 36; İnce (n 36) 339-440.

organlarını uyumsuz ya da uyumlu olarak sınıflandırmaktadır. Lijphart oluşturduğu bu kriterleri birleştirerek üç sınıf oluşturmuştur. Güçlü iki meclis sistemi hem simetri hem de uyumsuzluk ile orta güçlü iki meclis sistemi ya simetri ve uyum ya da asimetri ve uyumsuzluk ile karakterize edilmektedir. Zayıf iki meclis sistemi meclislerin hem asimetrik hem de uyumu ile karakterize edilir. Görüldüğü üzere Arendt Lijphart'a göre iki meclis sisteminin gücü ya da zayıflığı üç özellikle ilişkilendirilmiştir. Bu üç özellik özetle iki meclisin resmi anayasal yetkileri, seçim yöntemi (siyasi meşruiyeti) ve meclislerin siyasi bileşimindeki benzerlik ya da ayrışmadır⁷³.

Başkanlık sistemlerinde çok çeşitli iki meclisli modellerin varlığına rağmen çoğu aynı eğilimi paylaşmaktadır. Her iki meclis de biçimsel olarak karşılaştırılabilir yetkilere, niteliklere ve etkiye sahiptir. Meclislerin meşruiyeti her zaman doğrudan oylamaya dayanmaktadır. İki meclis sistemi modelleri arasındaki temel farklar, seçim süreci ve her bir meclisteki görev süresiyle bağlantılıdır⁷⁴. Birinci ve ikinci meclislerin görevleri ülkelerin anayasal tasarımlarına göre farklılaşabilmektedir. İki meclisli sistemler; kural olarak iki meclisin ayrı ayrı çalışmasını öngörmekte, istisnai durumlarda meclislerin birlikte karar vereceğini kabul etmektedir. 1961 Anayasası da aynı kuralı benimsemiştir⁷⁵. Dünyada parlamenter sistemlerdeki hükümetler, İtalya hariç tek meclisli veya asimetrik bir parlamentoya karşı sorumlu olma eğilimindedir⁷⁶.

Başkanlık sistemlerinde iki meclisli yönetimler için simetrik iki meclis sistemi kural gibi görünmektedir. Bu nedenle başkanın meclislerden birini kontrol etmesi, politika yapımı ve koalisyonların hayatta kalmasını garanti etmek için yetmeyebilir. Yasama organı iki meclisli olan sistemlerde başkanın iki mecliste de çoğunluğa sahip olması, hem politika yapım süreci hem de koalisyon yönetişimi için önemli bir koşul haline gelmektedir⁷⁷.

İki meclisli demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen birinci meclislerin sahip olduğu yetkiler büyük oranda benzerdir. İkinci meclislere tanınan yetkiler

⁷³ Llanos ve Nolte (n 23) 57; Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler* (Yetkin 1996) 89.

⁷⁴ Adrian Albala, "Bicameralism and Coalition Cabinets in Presidential Polities: A Configurational analysis of the Coalition Formation and Duration Processes" (2017) 19 (4) *The British Journal of Politics and International Relations* 735, 737.

⁷⁵ Özbudun (n 62) 268.

⁷⁶ Albala (n 74) 736.

⁷⁷ Albala (n 74) 736.

ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Kimi ülkelerde birinci ve ikinci meclisler eşit yetkilere sahip iken kimi ülkelerde ikinci meclis birinci meclislere nazaran çok az yetkiye sahip olduğu için bir danışma organı görünümündedir⁷⁸.

Günümüzde parlamentoların, anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak anayasaya aykırı kanun çıkarmamaları gerekmektedir. Ancak yasama organları kimi zaman anayasaya aykırı düzenleme yapabilmektedir. Meclis çoğunluğunun bir siyasi partide yoğunlaşması bu ihtimali daha da artırmaktadır⁷⁹. İşte bu ihtimal yargısal ve siyasal denetim mekanizmalarının oluşmasına sebep olmuştur⁸⁰. Siyasal denetim; kanunun yapım aşamasında veya yapıldıktan sonra devlet başkanı tarafından yürürlüğe girmesi sırasında gerçekleştirilen denetimdir. Bu denetim; kanunlaşma sürecine katkı sunan komisyonlar, devlet başkanı ve eğer uygulanıyorsa iki meclis sistemi tarafından gerçekleştirilmektedir⁸¹.

İkinci meclis, birinci meclis ile çatışmaya girebilir. İki meclisin belli bir konuda anlaşamaması sistemde kilitlenmelere yol açabilir. Kilitlenme ihtimali; iki meclisin farklı, ancak eşit derecede güçlü demokratik yetkilere sahip olması halinde daha yüksektir. Birçok iki meclisli devlet, meclisler arasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkları çözmek için mekanizmalar kurmuştur. Bu tür mekanizmalar genellikle hükümetin istikrarını sağlamayı, kilitlenmeleri önlemeyi, birinci meclisin önceliğini ve halkın başlıca temsil organını korumayı, ikinci meclisin rolünü mutlak veto yetkisinin dışında gözden geçirmeyi ve inceleme meclisi ile sınırlandırmayı amaçlamaktadır⁸². İki meclis arasındaki büyük bir farklılığın aralarındaki uzlaşmayı teşvik etmeye, yasama kalitesini artırmaya ve daha fazla yasama istikrarı sağlamaya yardımcı olacağı sıklıkla savunulmaktadır⁸³. Federal yapıli ülkelerde meclislere eşit yetki verilmesi yönünde bir eğilim olsa da ABD dışındaki devletlerde örneği azdır.

İkinci meclislerin yasama yetkisinin dışında farklı yetkileri bulunmaktadır. Örneğin ombudsmanlar ve hakimler gibi kilit görevlilerin atanması için onay verme, birinci meclisle birlikte devlet başkanını seçme, görevden alınan

⁷⁸ İnce (n 36) 438.

⁷⁹ Gözler (n 36) 439.

⁸⁰ Uran (n 7) 6.

⁸¹ Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler* (2003) 19.

⁸² Bulmer (n 55) 21.

⁸³ Llanos ve Nolte (n 23) 60; İnce (n 36) 437.

memurları yargılama ve kötü yönetim iddialarına karşı kamu soruşturması başlatma bu yetkilerden bazılarıdır⁸⁴. Kısacası iki meclis sistemini benimsemiş ülkelerde ikinci meclislerin sahip olduğu yetkiler farklı olabilmektedir. Kimi ülkelerde ikinci meclisler birinci meclisler kadar güçlüyken kimi ülkelerde hiçbir önemli yetkisi olmadığı için sistem tek meclis sistemi gibi işlemektedir⁸⁵. İkinci meclisin halkın seçimiyle oluşturulmadığı ülkelerde, halk tarafından seçilen ilk meclisler daha önemli bir yere sahip olmuşlardır.

İkinci meclislerin birkaç istisna dışında birinci meclislere nazaran yetkilerinin daha az ya da birinci meclise karşı işlevsiz kaldığı söylenebilir. Uluslararası antlaşmalar ve anayasa değişiklikleri konusunda her iki meclis eşit yetkilere sahip olsa da kanunların kabulü aşamasında birinci meclislerin daha etkin olduğu görülmektedir. Kanunların yapımı aşamasında ikinci meclisler benimsemediği kanunların çıkarılmasını engelleme yetkisine sahip olmadığı gibi daha çok bir danışma organı işlevi görmektedir. Hükümetin ikinci meclislere karşı siyasi sorumluluğu genel olarak bulunmamaktadır. Ülkelerin benimsedikleri devlet yapısı ve hükümet şekli, bu yapıların öngördüğü sistemden sapmalar ikinci meclislerin görev ve yetki alanlarının kapsamını belirlemiştir.

Birinci ve ikinci meclisler bütçe kanunun onaylanması, seferberlik ve savaş ilan edilmesi, anayasa değişikliği, silahlı kuvvetlerin kullanılması gibi konularda karar verme yetkisini birleşik toplantı yaparak kullanabilmektedir⁸⁶.

C. İkinci Meclisin Başkanla İlişkilerinde Bağımsızlığı

Başkanlık sistemlerinde başkan yasama organının güvenine dayanmadığı için yasama organı başkanın görevini sona erdiremez; başkan da yasama organını feshedemez. Devlet organlarının birbirlerini dengelemesi ve frenlemesi esasına göre planlanan başkanlık sisteminde ikinci meclislere has yetkiler tanınmıştır.

Uygulamada başkanlık sistemleri, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu nedenle ikinci meclislere tanınan yetkiler, ülkelerin orijinal başkanlık sistemine bağlı kalma oranlarına göre farklılaşmaktadır. ABD'deki başkanlık sisteminde Temsilciler Meclisi ve Senato'dan oluşan güçlü bir yasama organı vardır.

⁸⁴ Bulmer (n 55) 24.

⁸⁵ İba (n 61) 40.

⁸⁶ Uran (n 7) vd.

Meksika ve Venezuela başkanlık sistemlerinde ise yasama organı son derece güçsüzdür⁸⁷. ABD uygulamasında senato, başkanın aday gösterdiği üst düzey görevlilerin atanmasını ve uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesini onaylama yetkisine sahiptir. Senato Temsilciler Meclisi ile beraber 2/3 oy oranına ulaşırsa başkanın veto ettiği yasama işlemlerini geri döndürebilir⁸⁸.

Bazı anayasalar, birinci meclise yürütme üzerinde siyasi kontrol uygulayabilmesi için daha fazla ayrıcalık tanımaktadır. Başkanlık sistemini benimseyen anayasalar denetim yetkilerini (gensoru, soru sorma, yazılı bilgi isteme, soruşturma komisyonları gibi) her iki meclise de eşit şartlarda tanımıştır. ABD ve tüm Latin Amerika anayasalarında meclisler, başkanı suçlama sürecinde eşit yetkiler kullanır. Genel olarak birinci meclis suçlama, ikinci meclis yargılama yetkilerine sahiptir⁸⁹.

Başkanlık sisteminde yasamanın yürütme üzerindeki en önemli denetim araçlarından biri "impeachment" (suçlama) yöntemidir. Impeachment vatana ihanet, rüşvet, zimmete para geçirmek gibi oldukça ağır bir suçun varlığını gerektirir. Başkanlık sistemleri incelendiğinde genellikle suçlamanın birinci meclisler tarafından yapıldığı görülmektedir. Ancak sonuç olarak karar, yine her iki meclis tarafından nitelikli çoğunlukla alınmaktadır. ABD'de impeachment açılmasına Temsilciler Meclisi karar vermektedir. Suçlamanın kabul edilmesi için nitelikli çoğunluk gerekmemektedir. Oylama sonucunda başkan suçlandırılırsa Senato tarafından yargılanır ve Senatonun üçte iki oy çoğunluğu sağlanırsa mahkûmiyet kararı verilmesi mümkündür. Devlet başkanının sorumluluğuna ilişkin hükümler, çok sık başvurulan ve başvurulduğunda sonuç alınan hükümler değildir. Özellikle meclis çoğunluğunun aynı görüşte olması impeachment kurumunun işletilmesine mâni olmaktadır⁹⁰.

III. BAŞKANLIK SİSTEMİNDE GÜÇ DENGESİ AÇISINDAN İKİ MECLİS

İki meclis sisteminde güç dengesi önce iki meclis arasında, ikinci alt başlıkta yasama ile yürütme organları arasında ayrı ayrı incelenmiştir.

⁸⁷ Sabri Sayarı ve Hasret Dikici Bilgin, *Karşılaştırmalı Siyaset Temel Konular ve Yaklaşımlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015) 190 vd.

⁸⁸ Mert Nomer, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri* (On iki Levha 2013) 37.

⁸⁹ Llanos ve Nolte (n 23) 63.

⁹⁰ Tuba Aykanat, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu* (Adalet 2019) 78 vd; Uran (n 7) 152.

A. Meclisler Arasında Güç Dengesi ve Uyum

İki meclis sisteminde meclisler arasındaki kompozisyon önemli ölçüde farklılaşırsa iki meclis çatışmaya girer. Bu durumda uzun vadede meclisler arasında uyumlu bir çalışma mümkün olmaz. Anayasa tasarımcıları iki meclisin uyumlu bir yapıda olmasını sağlayarak bundan kaçınabilir⁹¹. İki meclis arasındaki güç dengesi meclislerin yetkilerine göre sağlanabilmekte veya bozulabilmektedir.

Birinci ve ikinci meclislerin yetki alanları ülkeden ülkeye farklı düzenlenmiştir. İki meclis sisteminde, meclisler arasında çıkabilecek görüş ayrılıklarını gidermek için bir dizi yöntem ya da anayasal kurallar geliştirilmiştir. İki meclisli ülkelerde ikinci meclisin kullandığı veto yetkisini etkisiz hale getirmek ya da iki meclisin ortak bir noktada buluşmasını sağlamak için bazı yollara başvurulmuştur. Bu yollar birinci meclise üstünlük tanınması, meclislerin ortak oturumda bir araya gelmesi, ortak kongre oluşturmak, yeniden oylama yapmak ve ilk meclise üstünlük tanımak, her iki mecliste mutlak çoğunluk aranması, her iki meclisin seçime ya da referanduma gitmesi ve mekik (navette) sistemi⁹² olarak sayılabilir⁹³.

Meclisler arasındaki güç dengesinde veto yetkisi önemli bir yere sahiptir. Güçlü iki meclis sistemine sahip ülkelerde ikinci meclislerin vetosu genellikle sorun teşkil etmemektedir⁹⁴. Zayıf iki meclis sistemine sahip ülkelerde ise birinci meclis nitelikli çoğunlukla aynı yasaı yeniden görüşerek ikinci meclisin vetosunu geçersiz kılabilir⁹⁵. Örneğin İrlanda'da birinci meclis tarafından kabul edilip Senato tarafından reddedilen ya da birinci meclis tarafından kabul edilip Senato tarafından 90 gün içinde kabul edilmeyen yasa tasarıları, Senato'nun tasarıyı görüşmesi için tanınan süre geçtikten sonra 180 günlük bir süre içinde birinci meclisin çoğunluğuyla kabul edilebilmektedir. Bu tür kurallar kilitlenmeleri önlemekte; ancak iki meclis sistemi mantığının bir kısmını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü etkili gücü olmayan bir meclis gereksiz bir masraf olarak görülebilmektedir⁹⁶. Örneğin Hindistan'da bir meclis tarafından reddedilen yasa tasarısı

⁹¹ Ganghof, Eppner ve Pörschke (n 21) 216.

⁹² Mekik sistemi iki meclis arasındaki farklılıkların çözümünü amaçlayan bir sistemdir. Bu sistemde bir yasa tasarısı iki meclis uzlaşana kadar meclisler arasında gidip gelmektedir. Llanos ve Nolte (n 23) 62.

⁹³ Doğan (n 24) 382.

⁹⁴ İkinci meclis vetoları kesin veto, kısmi veto, federal yasalarda veto şeklinde ortaya çıkabilir.

⁹⁵ Doğan (n 24) 383.

⁹⁶ Bulmer (n 55) 22.

için başkan, basit çoğunlukla karar vermek üzere iki meclisi ortak oturuma çağırabilmektedir. Avustralya'nın Yeni Güney Galler Eyaleti Anayasası, iki meclis arasındaki anlaşmazlıkların referandum yoluyla çözülmesini önermektedir⁹⁷. Romanya Anayasası'na göre bir meclis tarafından reddedilen kanun teklifleri eşit üyelerden oluşan karma komisyonda görüşülür eğer komisyon metin üzerinde anlaşamazsa her iki meclis üyelerinden oluşan birleşik toplantıda basit çoğunlukla kabul edilebilmektedir⁹⁸.

Bir kısım kanunlarda zayıf yetkili bir ikinci meclis, farklı kanunlar üzerinde geniş yetkilere sahip olabilmektedir. Örneğin, ikinci meclis sistemin anayasal temellerini korumak amacıyla anayasa değişikliklerini mutlak veto yetkisine ya da dil hakları, ulusal azınlıkların statüsü ya da alt ulusal bölgesel birimleri ilgilendiren mevzuatı veto yetkisine sahip olabilmektedir. Belçika, Almanya ve Güney Afrika'da ikinci meclisin olağan mevzuat üzerinde yetkileri azdır; ancak anayasa değişiklikleri ve alt ulusal birimlerin yetkileri ile ilgili kanunlar gibi konularda daha güçlü rolü vardır⁹⁹.

İki meclisin uyumsuz olması halinde meclisler, potansiyel olarak bir veto oyuncusuna dönüşecektir. İki meclis sistemi oyuncu sayısını artıracak ve vetolar yaratarak politika yapım süreçlerini olumsuz etkileyecektir¹⁰⁰. İki yasama organının tam eşitliği sadece her ikisinin de doğrudan seçilmesini değil, aynı zamanda ikinci meclisin yasama yetkisinde mutlak bir vetoya sahip olmasını da gerektirir¹⁰¹.

B. Yasama ve Yürütme Arasında Güç Dengesi ve Uyum

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvvetleri ayrı ayrı seçilmekte ve birbirlerinin varlıklarına son verememektedirler. Sert kuvvetler ayrılığı sisteminin katı bir şekilde uygulanması sistemin kilitlenmesine neden olabilmektedir. Sistem kilitlenmelerinin önüne geçmek için yasama ve yürütme kuvvetleri arasında uyum ve iş birliğini sağlayacak etkileşim araçları tasarlanmıştır. Başkanın veto yetkisi, üst düzey yönetici atamaları, uluslararası sözleşmelerin onaylanması ve bütçe bu etkileşim araçları arasında yer almaktadır¹⁰². Bu başlıkta bu etkileşim araçları ile iki meclis sistemi ilişkisi ele alınacaktır.

⁹⁷ Bulmer (n 55) 22-23.

⁹⁸ Uran (n 7) 45.

⁹⁹ Bulmer (n 55) 23.

¹⁰⁰ Albala (n 74) 737.

¹⁰¹ Ganghof, Eppner ve Pörschke (n 21) 215.

¹⁰² Gözler (n 36) 235.

1. Başkanın Veto Yetkisi Açısından İki Meclis

Devlet başkanının yürürlüğe girmek üzere gönderilen kanunları tekrar görüşülmek üzere meclise göndermesine veto denir. Veto, kanunların anayasaya uygunluğunun denetim yollarından da biridir¹⁰³. Yürütme organının yasalar üzerinde son sözü söylediği mutlak veto yetkisi İngiltere haricinde demokratik sistemlerde artık görülmemektedir. Günümüz demokrasilerinde devlet başkanının yasayı bir süre erteleyebildiği “geciktirici veto” ve devlet başkanının uygun bulunmayarak iade ettiği kanunun ilkinde oranla nitelikli bir çoğunlukla kabul edildiği “güçleştirici vetodan” bahsedilmektedir¹⁰⁴. Veto yetkisi bir anlamda başkanın yasama yetkisine katılmasını da ifade etmektedir. Başkanlık sisteminde başkana güçleştirici nitelikte veto yetkisi verilmiştir. Başkanın vetosu üzerine kanun tekrar yasama organında görüşülerek başkanın vetosu aşılabılır ancak bunun için ilk kabul yeter sayısı aşılmalıdır. Genellikle aranan çoğunluk ilki salt çoğunluksa ikincisi 3/5 çoğunluk ya da ilki basit çoğunluksa ikincisi nitelikli çoğunluk (2/3, 3/4) şeklindedir¹⁰⁵.

ABD başkanlık sisteminde, Başkanın Kongreye karşı kullanabileceği önemli yetkilerden biri veto yetkisidir. Başkanın veto ettiği yasa tasarısı, her iki meclis tarafından da ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul edilirse Başkanın vetosu kırılır ve tasarı yasalır¹⁰⁶. ABD’de başkan, veto yetkisini çok aktif olarak kullanmaktadır. 1789-2021 yılları arasında 1518 olağan vetodan¹⁰⁷ Kongre sadece 112 vetoyu üçte iki çoğunlukla aşmayı başarabilmiştir. Tüm bunlar başkanın veto yetkisinin etkin olduğunu göstermektedir¹⁰⁸.

ABD uygulamasında başkanın veto yetkisinin önünü kesen “yasama vetosu” (legislative veto) 1930 ile 1980 yılları arasında sıklıkla kullanılmıştır. Yasama vetosu, yürütme organı tarafından gerçekleştirilen bir kural koyma işleminin veya

¹⁰³ Siyasal denetim yolu için bkz, Levent Gönenç, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* (TEPAV 2010) 354.

¹⁰⁴ Erdoğan Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi” (2011) 52 (1-4) İÜHFD 101, 102; Yüksel Metin, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi” (1996) SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 171, 177.

¹⁰⁵ Yüksel Metin, *Başkanlık Sistemi* (Hukuk Yayınları 2017) 41; Anayurt, (n 2) 461.

¹⁰⁶ Nomer (n 88) 64.

¹⁰⁷ ABD’de başkanlık vetosunun olağan veto ve cep vetosu olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Olağan veto başkanın kanunları süresi içinde inceleyip iade etmesi; cep vetosu yasama yılının bitimine on gün kala başkanın geri göndermediği kanunların kadük kalmasıdır.

¹⁰⁸ Eren (n 17) 818.

eyleminin meclislerden biri tarafından geçersiz kılınmasıdır. 1983 yılında Federal Yüksek Mahkeme yasama vetosunun meclislerden biri tarafından kullanılmasını iptal gerekçesi yapmıştır. Yasama vetosunun iki meclis sistemi hükümlerini ihlal ettiğine ve anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yasama vetosu, anayasaya aykırı bulunmasına rağmen halen yasama vetosu niteliğinde uygulamalara rastlanmaktadır¹⁰⁹.

Yasa yapımının kalitesinin artırılmasının yollarından biri de ikinci bir meclistir. Kanun tekliflerinin ikinci bir meclis tarafından görüşülmesi kanunların kalitesini artırdığı gibi anayasal düzenin istikrarına da katkı sunmaktadır. Kanun tekliflerinin iki farklı mecliste görüşülmesiyle bir tür yasa denetimi gerçekleşmekte ve anayasaya uygunluk ihtimali artmaktadır. Bu sayede devlet başkanı veto yetkisini daha az kullanacağı gibi Anayasa Mahkemesine başvuru sayısı da azalacaktır¹¹⁰.

2. Üst Düzey Yöneticilerin Atanması Bakımından İki Meclis

Yasama organına tanınan önemli yetkilerden biri de başkan tarafından atanan üst düzey bakan, yüksek mahkeme üyeleri ve elçiler gibi üst düzey kamu görevlilerinin atamalarını onaylama yetkisidir. Yürütme organınca yapılan atamaların onaylanması konusunda denge senato lehine bozulmaktadır. Bu durum senato lehine bir asimetri olarak tanımlanabilir¹¹¹.

Yasama ve yürütme arasındaki sert kuvvetler ayrılığını dengeleyen ve uzlaşya teşvik eden bir araç olarak üst düzey yönetici atamalarının onayı ikinci meclise verilmiştir. Bu düzenleme ile başkanın partizanca hareket etmesinin önüne geçildiği gibi başkan liyakate dönük ılımlı bir ekip oluşturmaya yönlendirilmektedir. Başkan zorunlu olarak yasamanın onayını alacak kişileri seçmeye odaklanmaktadır. ABD’de konsoloslar, yüksek mahkeme üyeleri ve üst düzey kamu yöneticileri senato üyelerinin 2/3’ünün onayı ile atanmaktadır¹¹².

3. Uluslararası Anlaşmaların Onayı Bakımından İki Meclis

Başkanlık sisteminde dış politikayı belirleme ve yürütme yetkisi başkana aittir. Başkan bu alanda geniş yetkilere sahiptir. Uluslararası anlaşma yapma yetkisi

¹⁰⁹ Nomer (n 88) 36-37.

¹¹⁰ Uran (n 7) 25; İnce (n 36) 407-408; James R. Rogers, “The Impact of Bicameralism on Legislative Production” (2003) 28 (4) Legislative Studies Quarterly 509, 525.

¹¹¹ Llanos ve Nolte (n 23) 63.

¹¹² Hayati Hazır, *Anayasa Hukuku* (Alter 2004) 79; Anayurt (n 2) 462.

de bunlardan biridir¹¹³. Başkan, Senato'nun onayını alarak uluslararası anlaşmaları imzalayabilir. ABD Anayasasının 2. maddesinin 2. kısmına göre uluslararası anlaşmaların geçerliliği, Senato'nun 2/3 çoğunlukla kabulüne bağlanmıştır.

ABD'de uluslararası anlaşmalarla eş değerde olan, "yürütme anlaşmaları" da vardır. Yürütme anlaşmaları Senato onayı gerektirmeyen, başkan tarafından tek başına yapılan ve yürürlüğe konulan anlaşmalardır. Yabancı devletlerle imzalanacak anlaşmaların yürütme anlaşması veya uluslararası anlaşma biçiminde olacağını gösteren düzenleme olmadığı için inisiyatif başkandadır. Başkanın yürütme anlaşmaları ile ABD uluslararası politikasını şekillendirilmesi eleştirilmektedir. Senatörlerin büyük kısmı, yürütme anlaşmalarının Senato'yu devre dışı bıraktığını iddia etmekte ve Senato'nun anayasal yetkisine müdahale eden bir yol olarak görmektedir¹¹⁴.

4. Bütçe Yetkisi Bakımından İki Meclis

Bütçe onayı, başkanlık sistemlerinin en tipik denge ve denetleme araçlarından biridir. Başkanlık sisteminde parlamentonun en büyük silahlarından biri bütçedir. Kongre başkanın bütçesini onaylamadığında hükümet kapanması (government shut-down) ismi verilen sistem kilitlenmesi yaşanabilir. ABD'de ilki 1980 yılında, sonuncusu 2023 yılında olmak üzere on kez hükümet kapanması gerçekleşmiştir.

Bütçe krizi federal devletlerde daha yönetilebilirdir; çünkü bu krizden yalnızca federal kurumlar etkilenmektedir. Üniter devletlerde bu kriz siyasi hayatı felce uğratmaktadır. Bu tarz kilitlenmelerin önüne geçmek için ülkeler çözüm yolları geliştirmişlerdir. Örneğin Brezilya, bütçenin onaylanmaması ihtimalinde yaşanacak ekonomik belirsizliğin önüne geçmek için yeni bütçe kabulüne kadar önceki yıl bütçesini uygulamaktadır. Türkiye de 2017 sonrasında benzer bir uygulamayı yürürlüğe koymuştur¹¹⁵. Meksika ve Güney Kore, Başkanın bütçesinin onaylanmama ihtimaline çözüm getirecek bütçe uygulamasına sahiptir¹¹⁶. Bahsi geçen sebeplerle bütçe Başkanlık sistemi uygulamaları içerisinde farklılık gösteren konulardan biri olmuştur.

¹¹³ Gözler (n 17) 648.

¹¹⁴ Nomer (n 88) 80 vd.

¹¹⁵ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin 2022) 180.

¹¹⁶ Tögel (n 53) 84-116-117.

Başkanlık sistemlerinde başkan ve kongrenin etki alanı, bütçenin teklifi, oluşturulması ve onaylanma süreci içinde farklılaşabilmektedir¹¹⁷. Genel olarak birinci meclis bütçeyi hazırlamakta ve ikinci meclisin onayı ile bütçe kabul edilmektedir. Arjantin, Brezilya, Meksika ve Şili’de bütçe, yürütme organı tarafından hazırlanmaktadır. Bütçe onayı, iki meclisli Arjantin, Brezilya, Meksika ve Şili’de Kongre tarafından yapılmaktadır; ancak söz konusu ülkelerin yasama organları bütçe üzerinde değişen yetkilere sahiptir¹¹⁸.

ABD’de bütçe onay prosedürünün sistemi kilitleyecek düzeyde olması, bir problem olarak değerlendirilmektedir. Sistemi çözümsüzlük ve çıkmaza götürecek bir uygulama yerine, yürütmeyi mali açıdan denetlemeye ve frenlemeye olanak veren bir geçici bütçe uygulaması tercih edilebilir¹¹⁹.

IV. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE İKİ MECLİS TAHAYYÜLÜ

İki meclisli yasama organında her iki meclisin yetkileri ve yürütme organı ile ilişkilerinin değerlendirilmesinde devletin yapısının ve hükümet şeklinin ne olduğu önemlidir. Federal devletlerde birinci meclisler bütün federal halkı temsil ederken, ikinci meclisler federe devletleri temsil etmektedir. Üniter devletlerde iki meclis sistemi tercihe bağlı olduğu için daha çok temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak ve devlet kudretini sınırlandırmak amacıyla benimsenmektedir. İkinci meclislerin birincisinden farklı bir üye kompozisyonuna sahip olması, bahsi geçen amacı gerçekleştirmek için en etkili yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir¹²⁰.

2017 sonrası başkanlık sistemi temelinde oluşturulan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin altı yıllık tecrübesi içinde sistemin bazı yönlerden geliştirilmesi gerektiğine dönük eleştiriler mevcuttur. Sistemin kuvvetler ayrılığını sona erdirdiği, cumhurbaşkanını yasama organı karşısında aşırı güçlendirdiği, fren-denge sisteminin yetersizliği, meclisin bütçe yetkisinin zayıflığı, üst kademe yöneticilerinin atamalarında parlamentonun rolünün kalmadığı, cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu gerektirecek yargılamanın fiilen imkânsız hale geldiği, TBMM’nin bilgi edinme ve denetim yetkisinin sınırlandırıldığı yapılan eleştiriler arasında yer

¹¹⁷ Nebi Miş, Ali Aslan, Hazal Duran ve M. Erkut Ayvaz, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları* (Seta 2016) 34.

¹¹⁸ Miş, Aslan, Duran ve Ayvaz (n 117) 85 vd.

¹¹⁹ Tögel (n 53) 124.

¹²⁰ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (Yetkin 2020) 465 vd; Uran (n 7) 39.

almaktadır. Sayılan sebeplerle meclisin devre dışı kaldığı ve işlevsizleştirildiği öne sürülmektedir¹²¹. İki meclisli sistem kuvvetler ayrılığı ilkesini pekiştirmek ve denge-denetim mekanizmalarını kurmak bakımından sisteme katkı sunabilir. Bu başlık altında iki meclisli yapının Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin sorunlarına ne derecede etki edeceği tartışılmıştır.

A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Organların Bağımsızlığı Açısından İkinci Meclis

İkinci meclisler, genellikle birinci meclislerden farklı şekillerde oluşturulmaktadır. Her ne kadar Venedik Komisyonu ikinci meclisler için dolaylı seçimleri tavsiye etse de¹²² Türkiye bakımından bu tercih sisteme yönelik mevcut eleştirileri artıracaktır. Bu sebeple kuvvetler ayrılığını destekleyecek şekilde halkın doğrudan seçimi isabetli bir tercih olarak görünmektedir.

İkinci meclis üyelerinin seçim yöntemi, birinci meclis üyelerinin seçim yönteminden farklı olmalıdır. Bize göre, ikinci meclis üyelerinin seçiminde tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi (dar bölgesel çoğunluk sistemi) tercih edilmelidir. Dar bölgesel çoğunluk sisteminin uygulanmasıyla birlikte seçmen ile aday arasında karşılıklı çok daha yakın ilişkiler kurulabilecektir. Böylece partiler bölgede seçmenle daha iyi irtibat kurabilecek adayları belirlemeye yönelecektir. Bu durum Türkiye'deki disiplinli, lider odaklı parti anlayışını da zayıflatarak seçmen iradesinin tecellisine verdiği önemi de ortaya koyacaktır. Siyasi Partiler Kanunu'nda aday belirleme sürecinde ön seçim usulünün zorunlu hale getirilmesi benzer bir etki doğuracaktır. İkinci meclis üyeleri, dar bölgesel çoğunluk sistemi ve ön seçim usulünün zorunlu kılınması sayesinde kendisini daha güçlü hissedecek ve seçmenlerin eğilimini daha fazla dikkate alacaktır. Keza katı parti disiplini yumuşayacak ve lider etkisi azalacaktır.

Türkiye'nin benimsediği birlikte seçim sisteminin klasik başkanlık sisteminin yapısı ile uyumlu olduğu söylenemez. Bu seçim sistemi tercihinde sistemin krizlerini engelleme, siyasi gerilimi azaltma ve seçim ekonomisini iki kez yaşamama

¹²¹ Fazıl Hüsnü Erdem, "2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları, Demokrasiyi Güçlendirme Derneği, İstanbul, 2022, 158 vd; Hasan Tahsin Fendoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)" (2019) İÜHF Armağanlar Dizisi (Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan) 496; Hayri Keser, "Türk Tipi Başkanlık Sistemi Üzerine" (2017) 23 (94) Yeni Türkiye 433, 438.

¹²² Gelard (n 57) 11.

gibi amaçlar rol oynamıştır¹²³. İkinci bir meclis bu sisteme dahil olduğunda üye seçiminin diğer organlarla birlikte veya ayrı yapılması hususu gündeme gelecektir. İkinci meclisten beklenen yararın gerçekleşmesi için üyelerinin farklı zamanda seçilmesi daha uygun görünmektedir.

İkinci meclisleri yetki bakımından değerlendirdiğimizde, üniter devletlerde ikinci meclislerin daha az yetkiye sahip olduğu görülmektedir¹²⁴. İkinci meclisin yetkilerinin artması meşruiyeti ile doğru orantılıdır¹²⁵. Türkiye’de oluşturulacak ikinci meclisin doğrudan halk tarafından seçilmesi meşruiyetini artıracaktır. Ancak ikinci meclisin birinci meclisle benzer siyasi dağılıma sahip olması tek meclis gibi bir yapı oluşturacaktır. Farklı siyasi dağılıma sahip iki meclisin uyumsuz olacağı düşünülse de demokratik temsil açısından daha güçlü bir yapı ortaya çıkacaktır. İkinci meclisin yasama alanında ve yasama dışındaki yetkilerini birinci meclisle paylaşımı, yeni tikanıklıklara yol açmayacak şekilde tasarlanmalıdır.

Yasama organının yürütme organı karşısında güçsüzlüğü eleştirilerine karşı, Cumhurbaşkanının bazı yetkilerinin ikinci meclisin onayına bağlanması yasamayı güçlendirebilir. Üst düzey atamalar, uluslararası anlaşmalar ve başkanın veto yetkisinin geri döndürülmesi konularında ikinci meclislere başkan karşısında yetki tanınan örnekler bulunmaktadır¹²⁶.

B. Cumhurbaşkanı ve İkinci Meclis Arasında Güç Dengesi

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi meclisin denge ve denetim mekanizmalarını zayıflattığı gerekçesiyle ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bu mekanizmaların güçlendirilmesi için farklı çözümler sunulmakla birlikte, sisteme dahil edilecek ikinci meclis yönünden çözümler sunulabilir.

Malamud ve Costanzo’nun çalışma verileri; başkanlık sistemi, sert güçler ayrılığı, güçlü federalizm, parti disiplininin yokluğu, meclislerin sürekli farklı çoğunluklara sahip olması hallerinde iki meclis sisteminin daha güçlü olabileceğini ortaya koymuştur. Parlamenterizm, kuvvetler birliğinin zayıflığı ya da güç yoğunluğu, üniter devlet yapısı, disiplinli parti yapısı, meclisin aynı çoğunluğa sahip olması ya da yürütme ile aynı çizgide olması halinde daha zayıf iki meclis sistemi

¹²³ Eren (n 17) 924.

¹²⁴ Anayurt (n 2) 670.

¹²⁵ Bulmer (n 55) 14.

¹²⁶ Keser (n 121) 438.

bileşimini ortaya çıkarmaktadır. Karışık bir hükümet formu, kuvvetler birliğinin karma şekilde uygulanması, ademi merkezîyetçilik ya da zayıf federalizm, nispeten disiplinli parti ya da milletvekillerinin partiden ayrışabildikleri, meclislerin aynı çoğunluğa sahip ancak yürütmeden farklı oldukları olasılıklarda iki meclis sistemi orta seviyede bir güçte kalacaktır¹²⁷.

Ülkemizdeki 2017 öncesi parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanı veto yetkisini sıklıkla kullanmıştır¹²⁸. 2017 sonrasında meclisin kompozisyonu sebebiyle Cumhurbaşkanı veto yetkisine ihtiyaç duymamıştır. Ancak farklı bir meclis aritmetiğinde veto yetkisi güç dengesini yürütme lehine bozabilir. Farklı ülkeler ikinci meclislere Cumhurbaşkanının vetosunu geri döndürme yetkisi tanıyarak bu durumu önlemeye çalışmışlardır.

ABD’de başkanın bakan atama yetkisi, ikinci meclis olan Senato onayı ile dengelenmiştir. Başkan bakan seçiminde Senato ile uzlaşmalıdır. Türkiye’de Cumhurbaşkanı yasama organı ile uzlaşmaya gerek duymadan doğrudan bakan atama ve görevden alma yetkisine sahiptir. Aynı zamanda ABD’de Başkanın yüksek hâkim atama ve üst düzey kamu görevlisi atama yetkileri de Senato onayına tabidir. Türkiye’de Cumhurbaşkanı atamaları bir başka organla uzlaşma zorunluluğuna tabi olmadan doğrudan yapabilmektedir. Üst kademe yöneticilerinin atanması için gerekli olan usul ve esaslar da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmektedir¹²⁹. Atamalarda ve atamalara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinde ikinci meclise yetkiler verilerek bir güç dengesi oluşturulabilir.

ABD başkanlık sisteminde dış politikayı yürütme yetkisi Başkan’a verilmiş; ancak Başkan’ın imzaladığı uluslararası anlaşmalar Senato onayına tabi kılınmıştır. Yürütme anlaşmalarında Senato’nun onayının alınmaması ise senatörler tarafından eleştirilmekte, Başkan’ın tek başına dış politikayı yönlendirdiği iddia edilmektedir¹³⁰. Türk hukukundaki uygulamada uluslararası anlaşmalar müzakere, imza, uygun bulma ve onay aşamalarından geçmektedir¹³¹. Anayasanın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen ayrıkçı durumlarda ise TBMM’nin onaylamayı uygun bulma

¹²⁷ Malamud and Costanzo (n 71) 10-11.

¹²⁸ Uran (n 7) 25.

¹²⁹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin 2020) 308; Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?” (2017) <<https://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>>Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

¹³⁰ Nomer (n 88) 80 vd.

¹³¹ Tuba Aykanat ve Yüksel Metin, “Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi” (2023) 13 (1) SDÜHFD 3, 15.

kanununa gerek görülmemiştir. İki meclis sistem tercihinde ikinci meclise uluslararası anlaşmalarla ilgili yetkiler verilebilir. Bu yetkilerin hem Cumhurbaşkanı hem birinci meclis yetkileri ile dengeli bir şekilde düzenlenmesi gerekir.

Takayasu, Japon ikinci meclisinin bütçeyi veto edebilme yetkisini gensoru önergesi tartışmaları ile birleştirerek bir güvensizlik oylamasına dönüştürebileceğini öne sürmektedir. Japon ikinci meclisi örneği bir gösterge kabul edilirse meclislere çifte yetki verilmesi tartışmalıdır¹³². Anayasa yapıcılar iki meclisin seçim sistemlerini kullanarak denge sağlayabilir¹³³.

SONUÇ

İki meclislilik, tıpkı başkanlık sisteminin tasarımı gibi, kuvvetler ayrılığı teorisyenlerinin fikirlerine kadar geri götürülebilir. Federalistlerin yazılarında, iki meclislilik ve başkanlık sistemi, “kuvvetler ayrılığı” sisteminin ortak unsurları olarak ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlanmıştır¹³⁴. Amerikan Anayasası’nın onaylanmasını destekleyen Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay tarafından yazılan ve 85 makaleden oluşan, aynı zamanda emsalsiz bir anayasa şerhi olan Federalist Yazılar’da yasama yetkisine sahip organın iki meclise bölünmesi için gösterilen ilk neden şudur:¹³⁵

“Bir senato, yasama organının ilkinden farklı ve onunla yetkileri bölüşen ikinci kolu olarak, hükümette güvenilir bir fren mekanizması olur. Tekinde baskın hale gelmeye başlayacak hırs veya yolsuzluk planları, başka türlü yeterli olacakken, bunun için iki farklı kolun aynı anda onayının varlığını şart koşarak, halkın iki kat güvenceye sahip olmasını sağlar. Bu öylesine açık ilkeler üzerine kurulmuş bir önlemdir ve Amerika Birleşik Devletleri’nde şimdilerde o kadar iyi anlaşılmıştır ki, bu ilkenin uygulama alanını genişletmek hiç de yersiz olmayacaktır. Kötücül ittifakların olasılığı, iki organdaki zihniyetin birbirlerinden ne kadar farklı olduğuyla orantılı olarak azalacağından, bu iki organı birbirlerinden uygun olduğu her ölçekte ve cumhuriyetçi yönetim ilkelerine uyumlu olduğu ölçüde birbirlerinden ayırmak akıllıcadır.”

¹³² Ganghof, Eppner ve Pörschke (n 21) 217.

¹³³ Ganghof, Eppner ve Pörschke (n 21) 217.

¹³⁴ Steffen Kailitz, “Zwei Seiten der gleichen Medaille? Zum theoretischen und empirischen Zusammenhang zwischen der Regierungsform und der Ausgestaltung von Zweikammersystemen” (2008) 39 (2) Zeitschrift für Parlamentsfragen 387, 389.

¹³⁵ Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay, *Federalist Yazılar* (Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan Çev, Runik Kitap 2021) 429-430.

Görüldüğü üzere Amerikan Anayasasının hazırlanmasında önemli roller üstlenen kurucu babalara göre iki meclis sistemi, gasp ya da hainlik planlarında iki ayrı organın mutabakatını gerektirerek halkın güvenliğini iki katına çıkarmaktadır. Aksi takdirde birinin hırsı ya da yolsuzluğu halkın daha kolay zarar görmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla güçlü bir ikinci meclisin bulunması gerektiği düşüncesinin temelinde yatan fikir, birinci meclisin yasama faaliyetlerini denetlemektir.

İki meclis sistemi, kararlar için daha geniş bir siyasi çoğunluk gerektirmesi sayesinde “ılımlılık” ve dolayısıyla yaşamada niteliksel bir iyileşme sağlar. Federalistlerin ileri sürdüğü çoğunluğun tiranlığını önlemenin en etkili yollarından birinin iki meclis sistemi olduğu görüşü, günümüz rasyonel seçim teorisyenleri tarafından da yaygın şekilde kabul edilmektedir.

Güçlü bir iki meclis sistemini savunan federalistlerin dayandığı ikinci temel argüman, iki meclis sisteminin siyasi istikrarın sağlanmasına katkı sağlaması ve değişiklikleri zorlaştırmasıdır. İki meclisli bir sistemin siyasi istikrarı önemli ölçüde artırdığı görüşü bugün hala denge ve denetim sistemlerine ilişkin araştırmalarda dile getirilmektedir. Nesnel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde güçlü bir meclisin gündemi belirleyen siyasi aktörlerin -ki modern demokrasilerde bu hükümettir- gücünü sınırladığı söylenebilir. Bu durum reform yapılmasını güçleştirebileceği gibi, toplumu kutuplaştıran ya da açıkça saçma olan yasaları da engelleyebilir. Güçlü bir ikinci meclis, genellikle kanun yapım sürecini yavaşlatmakta; ancak çıkarılan kanunları daha dayanıklı hale getirmektedir¹³⁶.

Hükümet şeklinin seçimi ile tek meclisli veya iki meclisli sistem kararı arasında bir bağlantı yoktur. Gerçekten parlamenter sistemi benimseyen ülkelerin bazılarında tek meclis bazılarında ise iki meclis bulunmaktadır. Başkanlık sistemini benimseyen ülkelerde iki meclis sistemi çoğunlukla tercih edilmekte; ancak tek meclis sistemini uygulayan ülkeler de bulunmaktadır.

Hem iki meclislilik hem de başkanlık sistemi, kuvvetler ayrılığı geleneğinin “çocuklarıdır”. Gerçi iki meclisli sistemin sıklığı ile hükümet şekli arasında ampirik bir bağlantı yoktur. Ancak iki meclisli sistemin tasarımı ile hükümet şekli arasında güçlü bağlantılar vardır. Başkanlık sisteminin uygulandığı demokrasilerdeki ikinci meclislerin genellikle parlamenter demokrasilerdeki ikinci meclislerden daha güçlü olduğu görülmektedir. Ayrıca başkanlık sistemlerindeki ikinci meclisler daha güçlü bir demokratik meşruiyete ve bağımsız bir fonksiyona sahiptir¹³⁷.

¹³⁶ Kailitz (n 134) 390.

¹³⁷ Kailitz (n 134) 406.

İki meclisliliğin ve başkanlık sisteminin ortaya çıkışının tarihsel bağlamı, demokrasi biçimlerinin tasarımı üzerinde hala önemli bir etkiye sahiptir. İkinci meclisin gücüne ve demokratik meşruiyetine bakıldığında, iki meclislilik ile başkanlık sistemi arasındaki ilişkinin, iki meclislilik ile federalizm arasındaki ilişkiden çok daha güçlü olduğu görülmektedir.

Türkiye'nin 2017 anayasa değişiklikleri ile yeni bir hükümet sistemine geçmesi, pek çok tartışmayı ve yeni sisteme yönelik eleştirileri beraberinde getirmiştir. Başkanlık sistemi uzun süre önce teklif edilmiş ve ara ara tartışılmış olsa da yeni hükümet sisteminin klasik başkanlık sisteminden farklı yönleri tartışmaları artırmıştır. Yeni hükümet sistemine yönelik tartışmalar sürdüğü gibi sistemin alt başlıklarına yönelik tartışmalar ve teklifler de devam etmektedir.

Tıpkı başkanlık sistemi gibi uzun süre önce teklif edilmiş bir kurum da ikinci meclistir. 1995 yılında TBMM üye sayısının artırılmasına yönelik öneriye ilişkin Bülent Ecevit, milletvekili sayısının artırılması yerine ikinci meclisin kurulmasının daha faydalı olacağını ve yasa kalitesini artıracaklarını vurgulamıştır¹³⁸. Geçmişte 1876 Kanun-ı Esasi ve 1961 Anayasası dönemlerinde Türkiye'nin tecrübe ettiği iki meclis sisteminin yeni hükümet sistemi ile uyumunun değerlendirilmesi gereklidir.

Günümüzde hâkim ve çağdaş liberal demokrasiler iktidarın yozlaştırıcı doğasından hareketle, çoğunluğa dayanan siyasi iktidarı sınırlandırma araçları üretmiştir. İktidarı sınırlandırmak için üretilen araçlardan bir tanesi de iki meclis sistemidir. Farklı hükümet sistemlerinde iki meclis sistemi örnekleri vardır.

İki meclis sisteminin farklı uygulamaları, sisteme geçiş yapmayı düşünen ülkeler için örnekler barındırmaktadır. İkinci meclisin göreve geliş şekli, görevleri, diğer devlet organları ile ilişkileri gibi konularda farklı uygulamalar bulunmaktadır. İki meclis arasındaki görev dağılımı ve ikinci meclisin yasama-yürütme ilişkilerindeki yeri uygulamalarda farklı dinamiklere bakılarak belirlenmiştir. Türkiye'nin hükümet sistemi, demokratik anlayış, sosyo-ekonomik yapı ve tarihi birikim gibi dinamikleri dikkate alınarak iki meclis sisteminin değerlendirilmesi gereklidir.

İki meclis sisteminin hangi sistemle daha uyumlu olduğu tartışılmıştır. Simetrik iki meclis sisteminin federalizmle birlikte var olduğu ve güçlü üst meclislere sahip üniter sistemlerin bulunmadığı görüşü geçmişten beri vardır. Ancak

¹³⁸ TBMM Tutanak Dergisi (1995 dönem 19 cilt 89), 485-486.

Llanos ve Nolte yaptıkları çalışmada üniter yapıların da benzer özellikler taşıyabileceğini ortaya koymuşlardır. Söz konusu çalışma simetrik iki meclis sistemi ile başkanlık sistemi arasında parlamentarizmden daha büyük bir yakınlık olduğu gerçeğini doğrulamıştır. Dolayısıyla iki meclis sisteminin başkanlık hükümet sistemiyle daha yakın ilişkisi olduğunu söylemek mümkündür¹³⁹. Stefan Kalitz'e göre, başkanlık sistemi ile iki meclis sistemi arasında kurumsal açıdan teorik bir bağlantı vardır ve bu teorik bağlantının bir sonucu olarak iki meclisli yasama organı tasarımını benimseyen başkanlık sistemleri daha başarılı olmuşlardır. Yazara göre, göre, hükümet şekli ile iki meclislilik arasındaki ilişki bazı açılardan federalizm ile iki meclislilik arasındaki iyi bilinen ilişkiden bile daha güçlüdür¹⁴⁰.

Temelde başkanlık sistemini model alan ve ülkemizde "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" olarak adlandırılan sistemin sağlıklı işlemesi için güçlü yetkilere sahip yürütme organı karşısındaki yasama organının güçlendirilmesi gerekli görülmektedir. Yasama organının temsil düzeyinin artırılması, halkın tüm kesimlerinin temsili, parlamentonun halk karşısında kabul edilebilirliğine katkı sunacaktır. İkinci bir meclise sahip olmak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin problemlerine çözüm olabilir mi? Soyut olarak ikinci bir meclisin avantajlı olup olmayacağını söylemek güç olduğu gibi sorunun tek çözüm yolu da bu olmayabilir. Ancak yeni hükümet sistemine yönelik temel eleştirilere çözüm olma ihtimalinin tartışılması gereklidir.

Uluslararası IDEA Anayasa Oluşturma Kılavuzu'na göre ikinci bir meclise sahip olmamızı düşündüren ihtiyaç ve özel koşulların iyi analiz edilmesi, buna yönelik bir çözüm üretilmesi gerekir. Kılavuzda ikinci meclise ihtiyaç olup olmadığının tespitini sağlayan bir dizi soru hazırlanmıştır. Dikkate alınması gereken bazı sorular şunlardır: İkinci meclis tam olarak hangi amaca hizmet etmeyi amaçlıyor? Halkın kendi hükümetini kontrol etme gücünü mü güçlendiriyor, yoksa halkın seçtiği liderlerin gücünü mü hafifletiyor? Yürürlükteki anayasanın eksiklikleri neler, anayasal düzeni sağlamlaştırmak ve güçlendirmek için ne gibi iyileştirmelere ihtiyaç var? Görevdeki hükümetlere karşı ilave denge ve denetleme mekanizmalarına ihtiyaç var mı? Mevzuatın teknik kalitesini artırmaya ihtiyaç var mı? Toplumdaki belirli gurupların siyasi katılımının genişletilmesi ihtiyacı var mı? Öncelik istikrarlı, etkili ve sorumlu bir hükümet sağlamak mı? Eğer öyleyse bu durum

¹³⁹ Llanos ve Nolte (n 23) 75; Michael F. Thies ve Yuki Yanai, "Bicameralism vs. Parliamentarism Lessons from Japan's Twisted Diet" (2014) 30 (2) Japanese Journal of Electoral Studies, 60-74.

¹⁴⁰ Kalitz (n 134) 388.

diğer hedeflerle çatışabilir mi? İkinci meclisin yürütme ile ilişkisi nedir? Yürütme sadece alt meclise karşı sorumlu olacaksa, bu durum anayasa metninde açıkça yer almış mıdır? Konuya ilişkin istişareler geniş kapsamlı olmuş mudur? İkinci meclis ilgili tüm aktörler tarafından destekleniyor mu?¹⁴¹ Tüm bu sorularla birlikte ilave bir soru daha sorulması gerekebilir. Tüm bu amaçları gerçekleştirmek için tek çare ikinci bir meclis midir ya da diğer alternatifler içinde bu seçeneğin çözüm kapasitesi nedir? Sorular cevaplandıktan sonra iki meclis sistemine geçilip geçilmemesi, geçilirse nasıl bir ikinci meclis oluşturulması gerektiği konuları açıklığa kavuşacaktır.

¹⁴¹ Bulmer (n 55) 9-28.

KAYNAKÇA

- Akyol T, *Kuvvetler Ayrılığı Olmayınca*, (2. Baskı, Doğan Kitap 2021)
- Albala A, "Bicameralism and Coalition Cabinets in Presidential Polities: A Configurational analysis of the Coalition Formation and Duration Processes" (2017) 19 (4) *The British Journal of Politics and International Relations*, 735-754
- Aldıkaçtı O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (Fakülteler Matbaası 1970)
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (5. Baskı, Seçkin 2022)
- Arsel İ, *Anayasa Hukuku: Demokrasi* (Ankara: Doğu Matbaacılık 1964)
- Arsel İ, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler" (1954) 12 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59-99
- Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku*, (Seçkin 2022)
- Aykanat T ve Metin Y, "Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi" (2023) 13 (1) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3-44
- Aykanat T, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu* (Adalet 2019)
- Babanzade İ H, *Hukuk-ı Esasiye* (Erguvanî 2014)
- Baldwin N ve Shell D, *Second Chambers* (Frank Cass 2001)
- Bulmer E, *Bicameralism* (International IDEA Institute 2017)
- Democracy Index 2022, <<https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/DI-final-version-report.pdf>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023
- Doğan OK, "Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi" (2011) (94) *TBB Dergisi*, 375-392
- Erdem FH, "2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" in *Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları* (Demokrasiyi Güçlendirme Derneği 2022)
- Erdoğan M, "Türkiye'de Hükümet Sistemi ve Siyasi Rejim İçin Yeni Bir Perspektif" (2021) (20) *Liberal Perspektif*
- Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Seçkin 2022)
- Eroğul C, *Anatüzeeye Giriş* (İmaj 2000)
- Eroğul C, *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri* (AÜSBF Yayınları 1977)
- Fendoğlu HT, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)" (2019) *İÜHF Armağanlar Dizisi* (Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan)
- Fendoğlu HT, *Anayasa Hukuku* (Yetkin 2020)

- Ganghof S, Eppner S ve Pörschke A, "Australian bicameralism as semiparliamentarism: Patterns of Majority Formation in 29 Democracies" (2018) 53 (2) Australian Journal of Political Science, 211-233
- Gelard P, "Report on Second Chambers in Europe" (2006) Venice Commission
- Gönenç L, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* (TEPAV 2010)
- Gözler K, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?" (2017) 1-26. <<https://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2023
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi I* (Ekin 2020)
- , *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin 2020)
- , *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Ekin 2021)
- Gözübüyük AŞ, *Anayasa Hukuku* (S Yayınları 1991)
- Hamilton A, Madison J ve Jay J, *Federalist Yazılar* (Çev Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, Runik Kitap 2021)
- Hazır H, *Anayasa Hukuku* (Alter 2004)
- İba Ş, *Parlamento Hukuku* (Seçkin 2022)
- İnce AK, "Ana Hatlarıyla Çift Meclis Sistemi" (2023) 5 (1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 382-455
- Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Legal 2020)
- Kailitz S, "Zwei Seiten der gleichen Medaille? Zum theoretischen und empirischen Zusammenhang zwischen der Regierungsform und der Ausgestaltung von Zweikammersystemen" (2008) 39 (2) Zeitschrift für Parlamentsfragen, 387-414
- Kanadoğlu OK ve Duygun AM, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki Levha 2021)
- Keser H, "Türk Tipi Başkanlık Sistemi Üzerine" (2017) 23 (94) Yeni Türkiye, 433-440
- Lijphart A, *Çağdaş Demokrasiler* (Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran Çev, Yetkin 1996)
- , *Demokrasi Modelleri* (İthaki 2016)
- Llanos M, Nolte D, "Bicameralism in the Americas: Around the Extremes of SYmmetry and Incongruence" (2003) 9 (3) The Journal of Legislative Studies, 54-86
- Malamud A ve Costanzo M, "Subnacional Bicameralism: The Argentine Case in Comparative Perspective" in XIX World Congress of the IPSA (2003) 7
- Marcou J, "L'experience Constitutionnelle Turque" (1996) 2 Revue du Droit Public, 425-462
- Metin Y, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi" (1996) SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 171-197
- , *Başkanlık Sistemi* (Hukuk Yayınları 2017)

- Miş N, Aslan A, Duran H ve Ayvaz ME, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları* (Seta 2016)
- Mughan A, "Comparative Bicameralism: A Survey of Global Approaches" (2020) U. Oxford Hum. Rts. Hub. J., 117-122
- Nacak O, "Temsili Demokrasinin Sorun Alanları ve Çözüm Noktasında Yeni bir Model: Katılımcı Demokrasi" (2004) (32) Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 194-214
- Nomer M, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri* (On İki Levha Yayınları 2013)
- Onar E, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler* (2003)
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2022)
- Özer İ, "Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler" (1996) 14 (1) Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 71-98
- Özgişi T, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri" (2011) 21 (2) Türkiye Mecmuası, 291-323
- Öztürk MU, *1961 Kurucu Meclisi* (On İki Levha 2016)
- Öztürk M, *Türk Parlamento Tarihinde Hız ve Etkinlik Sorunu* (On İki Levha 2022)
- Riker WH, "Justification of Bicameralism" (1992) 13 (1) International Political Science Review, 101-116
- Rogers JR, "The Impact of Bicameralism on Legislative Production" (2003) 28 (4) Legislative Studies Quarterly, 509-528
- Russell M, "Second Chambers Overseas" (1999) 70 (4) The Political Quarterly, 411-417
- Savcı B, "1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış" (1964) 19 (3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 11-36
- Sayarı S ve Dikici Bilgin H, *Karşılaştırmalı Siyaset Temel Konular ve Yaklaşımlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015)
- Tanör B, Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta 2023)
- TBMM Tutanak Dergisi (1995 dönem 19 cilt 89)
- Teziç E, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi" (2011) 52 (1-4) İÜHFD 101-116
- Thies MF ve Yuki Y, "Bicameralism vs. Parliamentarism Lessons from Japan's Twisted Diet" (2014) 30 (2) Japanese Journal of Electoral Studies, 60-74
- Tögel A, *Başkanlık Sisteminde Parlamentolar* (Adalet 2018)
- Tsebelis G ve Rasch BE, "Patterns of Bicameralism" in Herbert Dönig (Ed) *Parliaments and Majority Rule in Western Europe* (Mannheim Centre for European Social Research 1995) 365-390

Tsebelis G ve Money J, *Bicameralism* (Cambridge University Press 1997)

Uran P, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Yetkin 2008)

Vatter A, "Bicameralism and Policy Performance: The Effects of Cameral Structure in Comparative Perspective" (2005) 11 (2) *The Journal of Legislative Studies*, 194-215

Yavuz B, Bülbül M, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye" (2012) 16 (1) Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 217-260

Yılmazoğlu YE ve Perdecioğlu İE (Haz), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi 2021)

Silahlı Kuvvetlerin Kullanılmasında ABD ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Başkanın Rolü^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ^(**)

Öz

Demokratik devletlerde silahlı kuvvetler üzerindeki tasarruflar devlet başkanının başkomutanlık sıfatı kapsamı içerisinde görülmektedir. Hukuki düzenlemeler her ne kadar savaş ilanı yetkisini münhasıran yasama organının kararına bıraksa da silahlı kuvvetlerin çeşitli gerekçelerle yurtdışına gönderilmesi ya da yabancı ülkelere ait silahlı kuvvetlerin yurttan konuşlanmasına ilişkin kararların alınmasında Başkanın önemli bir güce sahip olduğu görülür. Hukuki düzenlemeler yasama organının onayından sonra silahlı kuvvet kullanma kararının Başkan tarafından uygulanması gerektiği konusunda genel bir eğilim göstermektedir. Ancak Başkanın anayasal düzenlemeler ışığında dış ilişkilerin yürütülmesinden sorumlu olması ve başkomutanlık sıfatını haiz olması silahlı kuvvetlerin kullanılmasında başat bir rol üstlenmesini sağlamıştır. Bu noktada silahlı kuvvet kullanma kararının yasama ve yürütme arasında bir yetki çatışmasına dönüşebilecek bir potansiyel taşıdığı görülmektedir. Bu çalışma yasama ve yürütme ilişkilerinde Başkanın siyasi otoritesinin ön plana çıkmasına olanak sağlayan silahlı kuvvet kullanma kararının başkanlık sisteminin iki örneğini teşkil eden ABD ve Türk hukukundaki düzenlemeler ışığında ve uygulamadaki boyutuyla karşılaştırılmasını ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Başkan, Silahlı Kuvvetler, Başkomutanlık, Yargısal Denetim.

(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.04.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 15.08.2023](#).

[Atıf Şekli:](#) Cansu Büşra Ölmez, 'Silahlı Kuvvetlerin Kullanılmasında ABD ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Başkanın Rolü' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 955, 993.

[DOI:](#) 10.52273/sduhfd..1289253.

(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

[E-posta:](#) cansuolmez@selcuk.edu.tr.

[Orcid:](#) <http://orcid.org/0000-0003-3998-3692>.



The Role of the President in the Light of U.S. and Turkish Laws in the Use of the Armed Forces

Abstract

In democratic states, dispositions on the armed forces are seen within the scope of the head of state's title of commander-in-chief. Although the legal regulations leave the authority of the declaration of war to the decision of the legislature, it is seen that the president has an important power in taking decisions regarding the sending of the armed forces abroad for various reasons or the deployment of the armed forces of foreign countries in the country. Legal regulations show a general tendency that the decision to use armed force should be implemented by the President after the approval of the legislature. However, the fact that the President is responsible for the conduct of foreign relations in the light of constitutional regulations and has the title of Commander-in-Chief has caused the President to assume a dominant role in the use of the armed forces. At this point, it is seen that the decision to use armed force has the potential to turn into a conflict of authority between the legislature and the executive. This study deals with the comparison of the decision to use armed force, which allows the President's political authority to come to the fore in legislative and executive relations, in the light of the regulations in the US and Turkish law, which are two examples of the presidential system, and with its practical dimension.

Keywords

President, Armed Forces, Commander in Chief, Judicial Review.

Extended Summary

The successful functioning of the presidential system largely depends on balance and control mechanisms between the legislative and executive organs. These mechanisms ensure that the legislature and the executive share their powers and responsibilities in a balanced way. At this point, armed force, a problematic area, constitutes the primary study subject. It is imperative to determine the role of the President in authority to use armed force, examined through two samples concerning the presidential system. The critical point in both examples is that the President's power to use armed force is subject to the legislature's approval and permission regarding legal regulations. However, this study differs in the study samples for the scope of this authority.

While the Turkish legal system assigns the power of armed force to the President by the Constitution, TGNA holds the power to allow its use. As per the constitutional regulation and the Bylaws supporting it, the President can use armed force with the authorisation he receives upon the Parliamentary decision. Nevertheless, 92/1 of the Constitution assigns the Parliamentary power to authorise the use of armed force, as stipulated in the article. Apart from this, it is specified that the President can decide to use armed force without the need for the permission of the Parliament when international treaties and international courtesy rules require to do so as stipulated in the same article. There is another exception referring to the use of armed force without the consent of the Parliament, stated in Article 92/2 of the Constitution. Accordingly, the President may use armed force when the Parliament is in recess. In other words, when the Parliament is not active, and the use of armed force is unavoidable, the President is free to use armed force without the consent of the Parliament.

The primary issue concerning the authority to use armed force in Turkish constitutional law arises from the limits of the duties and powers of the state organs during the execution of the authority. Some authors state that the President should determine the content of the authority, while others say that this would mean the transfer of the Parliament's power to use armed force to the President. The point of concern is that the President's role in using armed force will increase considerably and may become arbitrariness. Therefore, removing the uncertainties about the scope of the authority and clarifying the boundaries between the legislature and the executive in the use of power will help solve the problem.

It is seen that the authority to declare war in the USA is given to Congress, and the authority to use the armed forces is given to the President as he holds the title of commander-in-chief. The title of Commander-in-Chief is a significant power assigned to the President. Since the 1950s, the presidents have seen in themselves the right to decide to use military force due to this power. Although the US Constitution states that the declaration of war is a purely congressional authority, it has been debated for many years whether Congress or presidents have the control to use military force. In particular, the use of armed force by presidents without an official declaration of war by Congress leads to power debates between Congress and the President in most cases. In practice, the fact that the President has the title of commander-in-chief and is

responsible for foreign relations dramatically affects the use of authority in the President's favour.

A vital regulation on the President's use of armed force is the War Powers Resolution of 1973. This regulation is critical in determining the scope of the President's authority to use armed force. This regulation, which limits the President's power as commander-in-chief to the control of Congress, adopts the principle that Congress authorises the President when using armed force is necessary. However, the Constitution does not explicitly stipulate it. As can be seen, although the legal regulations unveil the limits of the President's power to use armed force, the President has the right to interpret this power broadly. In this respect, it is seen that the decisions of the Supreme Court also support this tendency. Because, in some cases, the Supreme Court did not have any opposition to the use of the power of armed force by the President, who holds the title of commander-in-chief and is responsible for executing the state's foreign affairs. Thus, according to the Supreme Court, the President decides to use armed force without Congressional approval within his constitutional authority. Criticism for using armed force in the US system states that the President does not accept the decisions of international organisations without congressional approval.

In conclusion, the legislature and the administration should mutually decide to use the armed forces since the country's interests and international law should be considered. Therefore, it is necessary to maintain a balance between the powers of the legislature and administrative powers, both in theory and in practice. The administration should not use its power in the system by eliminating the legislature on an issue concerning the nation and other countries as crucial as using military force.

GİRİŞ

Türk ve ABD anayasal düzenlemelerinde savaş ilanı yetkisi münhasıran yasama organına tanınmışken, silahlı kuvvetlerin kullanılmasında Başkan ön plana çıkarılmıştır. Silahlı kuvvetlerin kullanılmasında her iki sistem yasama organının onayı doğrultusunda Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı almasına imkan tanımaktadır. Yasama ve yürütme ilişkileri açısından önemli bir konumda bulunan bu yetkinin hangi gerekçeyle kullanılacağı, kapsamı ve sınırları çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların yasama ve yürütme arasında katı bir ayrılığın olduğu başkanlık sistemi örneği teşkil eden ABD ve Türk hukukunda silahlı kuvvetlerin kullanılmasına yönelik düzenlemeler ve uygulamalar açısından tespiti bu çalışmanın inceleme konusunu oluşturmaktadır.

ABD hukukunda silahlı kuvvetlerin kullanımını gerektiren konularda yasamanın yürütme karşısında etkinliğini artırabilme çabası ile yasama ve yürütme arasında yetki paylaşımını güvence altına alan bir yol izlenmiştir. Vietnam müdahalesine eleştirilerin yoğun biçimde yöneltildiği 1960lı yılların sonlarında Senato Dışişleri Komisyonu tarafından hazırlanan Ulusal Taahhütler raporunda yürütmenin sistem içinde güçlenen konumu ile birlikte silahlı kuvvetlerin kullanılmasında rolünün arttığına dikkat çekilmiştir¹. Raporda Roosevelt ile başlayan Truman, Eisenhower, Kennedy ve Johnson'ın başkanlık yaptığı dönemlerde devam eden süreçte başkanların silahlı kuvvet kullanımına ilişkin yetkilerini sınırsız biçimde kullandıklarından bahsedilmiştir. Raporda bu konuya bir çözüm önerisi olarak savaş ilan edilmeksizin Başkanın silahlı kuvvet kullanmaya ilişkin yetkilerini kullanabilmesi için Kongre'nin her iki kanadının alacağı ortak kararın gerekli olduğu üzerinde durulmuştur. Ayrıca Raporda silahlı kuvvet kullanmaya izin veren ortak kararın yetkinin içeriği ve süresi hakkında da belirleme yapması gerektiği belirtilmiştir². Bu sürecin sonunda 1973 Savaş Yetkileri Kararı yürürlüğe girmiş Başkanın silahlı kuvvet kullanımına ilişkin yetkileri Kongre'nin onayına bağlanarak sınırlandırılmıştır. Ancak 20.yy'da silahlı kuvvet kullanımı Başkan tarafından diplomasinin bir aracı görülerek başkomutanlık yetkisinin sınırları yeniden genişletilmiştir³. Bu sınırların genişletilmesinde ortak güvenliğin sağlanmasına yönelik uluslararası antlaşmaların Başkanın Kongre'ye danışmaksızın silahlı kuvvet kullanmasına bir dayanak oluşturmasının rolü büyüktür.

¹ Senate Report No.797, 90th Congress, 1st Session (1967) akt. Bertil Emrah Oder, 'Silahlı Kuvvet Gönderme ve Kullanma Bakımından Amerikan Anayasa Hukukunda Yasama-Yürütme İlişkileri ve Türkiye' (2003) C.3, (Ünal Tekinalp'e Armağan) 423,427.

² Oder (n 1) 428.

³ Silahlı kuvvet kullanımının diplomasine aracına dönüştürülmüş olmasına yönelik eleştiriler için bkz. Joel B. Grossman, Richard S. Wells, *Constitutional Law and Judicial Policy Making* (3rd ed. New York Press 1988) 252.

Türk hukukunda Anayasanın 92. maddesi silahlı kuvvet kullanımına ilişkin genel esasları ortaya koymaktadır. Bu düzenleme silahlı kuvvet kullanma yetkisi açısından genel bir kural koymakta ve yetkinin kullanılması için Meclisin iznini gerekli görmektedir. Bu noktada tartışılan ve cevaplanması gereken önemli bir husus karşımıza çıkmaktadır. Meclisin izin verdiği durumlarda silahlı kuvvet kullanımının süresi, kapsamı kim tarafından belirlenecektir. Silahlı kuvvet kullanımına ilişkin ayrıntıların hukuki düzenlemelerde yer almaması bu soruya iki farklı cevap vermeyi mümkün hale getirmektedir. Dış ilişkilerin yürütülmesinden sorumlu ve Anayasa'nın 117. maddesine göre başkomutanlık sıfatını haiz olan Başkanın silahlı kuvvet kullanmaya ilişkin kapsam ve süreyi belirlemekte yetkili olduğu söylenebileceği gibi bu ayrıntıların Meclis tarafından belirlenmesi gerektiği aksi takdirde Meclise ait olan bir yetkinin yürütmeye devredildiği sonucunun ortaya çıktığı bu konudaki tartışmalara kaynaklık etmektedir. Bu açıdan silahlı kuvvetlerin kullanılmasına ilişkin yasama ve yürütme arasında yetki dağılımı açısından bir dengenin kurulması oldukça önemlidir. Anayasa'nın 92/2. maddesi istisnai olarak TBMM tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir saldırıya uğraması durumunda ve bu nedenle silahlı kuvvet kullanılmasına acilen karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Başkana Meclisten izin almadan silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar verme imkanı tanımaktadır.

Her iki hukuk düzeninde silahlı kuvvetlerin kullanılmasına yönelik düzenlemelerin yasama ve yürütme arasında bir denge sağlamayı hedeflediği söylenebilirse de hukuki düzenlemelerdeki bazı belirsizliklerin uygulamada yürütmenin yasamaya karşı belirgin bir üstünlük elde etmesiyle sonuçlandığı görülmektedir. Silahlı kuvvetlerin kullanılmasına ilişkin ivedilikle hızlı bir şekilde karar alınması ihtiyacı silahlı kuvvetlerin kullanılması kararının alınmasında yürütmenin etkisini güçlendirmektedir⁴.

I. TÜRK HUKUKUNDA BAŞKANIN SİLAHLI KUVVET KULLANMA YETKİSİ

Anayasa'nın 92. maddesinde silahlı kuvvet kullanma ve savaş hali ilan etme yetkisinde Başkanın rolüne ilişkin üç duruma işaret edilmektedir. Bunlardan ilki Meclis tarafından verilen izin doğrultusunda Başkanın silahlı kuvvet kullanma yetkisi, ikincisi Meclis tatilde veya ara verme halinde iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması sebebiyle silahlı kuvvet kullanmaya derhal karar vermenin kaçınılmaz olması halinde Başkanın sahip olduğu karar verme yetkisi, üçüncüsü ise uluslararası antlaşmaların ve uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallerde silahlı kuvvet

⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Beta Yayınları 2021) 438.

kullanma yetkisidir⁵. 92. madde silahlı kuvvetlerin kullanılması yetkisi açısından Meclisi yetkinin kullanımına izin veren, Başkanı ise yetkiyi icra eden mercii konumunda düzenlemektedir. Verilen izin doğrultusunda silahlı kuvvet kullanımını icra eden Başkan, Meclis kararında belirtilen hususlara uygun biçimde hareket etmelidir. Özellikle kararda yer alan gerekçe, süre, silahlı kuvvet gönderilmesine izin verilen bölge veya diğer unsurların dikkate alınması gerekmektedir. Bu açıdan yetkinin icrasında yasama ve yürütme organları arasında yetki dağılımının ihlal edilmemesi için Meclisin izin kararını netleştirmesi oldukça önemlidir. Bu açıdan uluslararası hukukun meşruiyet sınırları çerçevesinde izin kararının içeriğinin belirlenmesi daha uygun olacaktır⁶.

Anayasa, uluslararası antlaşmaların ve uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallerde Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı almasında Meclisin iznini aramamaktadır. Başta NATO olmak üzere uluslararası antlaşmalar uyarınca Meclis izni olmadan Başkanın silahlı kuvvet kullanılmasına karar verme yetkisini icra edebilecektir. Uluslararası antlaşmaların gerekliliklerinin silahlı kuvvet kullanılmasına yönelik bir istisna teşkil etmesinin gerekçesi, söz konusu antlaşmaların yürürlüğe girme aşamasında Meclis tarafından görüşülmüş ve onaylanmış olmasıdır. Bu sebeple bu aşamada Başkana önceden izin verilmiş sayıldığı kabul edilmektedir. Buna göre Meclis onayından geçmeyen uluslararası antlaşmaların istisna kapsamında değerlendirilmemesi gerekir⁷. Uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallerin de Meclis izni gerektirmeden silahlı kuvvet kullanmaya yönelik bir istisna olarak getirilmesinin gerekçesi bu tür durumlarda askeri bir amaç güdülmemesi daha çok sembolik nitelikte uygulamalar olmasıdır. Uluslararası nezaket olduğu gereği olarak çeşitli etkinliklere silahlı kuvvetlerin katılımında her etkinliğin öncesinde Meclisin izninin aranması pek uygun olmayacaktır. Bununla birlikte etkinliğin şartlarına ve özelliklerine göre olası bir güvenlik riskinin öngörülebildiği durumlarda Meclis izninin alınması doğru olacaktır⁸.

Anayasa'nın 92/2. maddesiyle öngörülen bir diğer istisnai hal ise Meclisin tatilde veya ara vermede olduğu zamanlarda Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı alabilmesidir. Bu koşulda, Meclis izni olmadan Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı alabilmesi Meclisin çalışmadığı bir zaman dilimi içinde ülkenin ani bir saldırı ile karşı karşıya kalması ve silahlı kuvvet kullanılmasının kaçınılmaz olması durumunda

⁵ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2022) 786-787.

⁶ Cem Ü. Beyoğlu, *Türk Anayasa Hukukunda Silahlı Kuvvet Kullanma ve Savaş İlan Etme Yetkisi*, (Seçkin Yayınları 2022) 477.

⁷ Beyoğlu 477- 478.

⁸ Beyoğlu 478.

mümkündür. Burada ülkenin uğradığı ani saldırı neticesinde devletin kendini müdafaa etmesine yönelik getirilmiş bir durum söz konusudur. Bu kapsamda Anayasa'nın 92. maddesi çerçevesinde silahlı kuvvet yetkisinin kullanılmasında Başkanın rolüne ilişkin belirtilen kural ve istisnaların incelenmesi bu bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Türkiye'de silahlı kuvvetlerin kullanılmasına ilişkin somut örnekleri iki açıdan ele almak mümkündür. Bunlardan ilki silahlı kuvvetlerin yabancı ülkelere gönderilmesine ilişkin örneklerdir. İkinci olarak yabancı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına ilişkin olduğunu ifade edebiliriz ki bu noktada ABD silahlı kuvvetlerinin Türkiye'de bulunması örneği karşımıza çıkmaktadır.

Silahlı kuvvet kullanma yetkisi bağlamında sık başvurulan yöntemin yabancı ülkelere Türk Silahlı Kuvvetlerinin gönderilmesi olduğunu ifade etmek gerekir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi suretiyle gerçekleştirilen silahlı kuvvet kullanımına ilişkin örnekleri, Kore, Kıbrıs, Irak, Bosna Hersek, Körfez krizi sebebiyle gerçekleştirilen müdahaleler, Kosova, Arnavutluk, Afganistan, Filistin, Azerbaycan, Somali, Lübnan, Kongo Cumhuriyeti, Mali, Orta Afrika Cumhuriyeti, Libya, Suriye'ye yönelik müdahaleler şeklinde sıralayabiliriz. Bu müdahalelerin bazılarında Kore'ye⁹, Bosna Hersek'e¹⁰, Körfez krizi sebebiyle gerçekleştirilen müdahalelere¹¹, Kosova müdahalesine¹², Arnavutluk'a¹³, Afganistan'a¹⁴,

⁹ Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kore'ye gönderilmesine ilişkin 27 Kasım 1950 tarihli, 1701 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc033/karartbmmc033/karartbmmc_03301701.pdf>; 4 Aralık 1950 tarihli, 1703 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc033/karartbmmc033/karartbmmc_03301703.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.

¹⁰ 8 Aralık 1992 tarihli, 205 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar205.html> Erişim Tarihi 21 Şubat 2023.

¹¹ 25 Aralık 1996 tarihli, 477 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000477.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023; 12 Ağustos 1990 tarihli, 107 sayılı Meclis kararı için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/karartbmmc073/karartbmmc_07300107.pdf, 5 Eylül 1990 tarihli 108 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar108.html>; 17 Ocak 1991 tarihli 126 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar126.html> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.

¹² 8 Ekim 1998 tarihli, 596 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar596.html> Erişim Tarihi 21 Şubat 2023.

¹³ 10 Nisan 1997 tarihli, 492 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000492.pdf>, 24 Temmuz 1998 tarihli, 587 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc081/karartbmmc081/karartbmmc08100587.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

¹⁴ 10 Ekim 2001 tarihli, 722 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/karartbmmc086/karartbmmc_08600722.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

Filistin'e¹⁵, Somali'ye¹⁶, Lübnan'a¹⁷, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne¹⁸, Mali ve Orta Afrika Cumhuriyeti'ne¹⁹, Libya'ya²⁰ uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla Meclisin verdiği izin doğrultusunda Türk Silahlı Kuvvetleri gönderilmiştir. Kıbrıs Barış Harekati²¹ ve Azerbaycan'a²² silahlı kuvvetlerin gönderilmesindeki temel gerekçe ise müşterek meşru müdafaa hakkının gerçekleştirilmesiydi. Her iki durumda da Meclis kararı doğrultusunda yürütmeye verilen izin neticesinde Türk Silahlı Kuvvetleri Kıbrıs'a ve Azerbaycan'a gönderilmiştir.

A. TBMM'nin Verdiği İzin Doğrultusunda Silahlı Kuvvet Kullanma Yetkisi

Anayasa'nın 92/1. maddesi ile TBMM'ye yabancı ülkelere silahlı kuvvetlerin gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte silahlı kuvvetlerin kim tarafından

¹⁵ 20 Şubat 1997 tarihli, 487 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000487.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

¹⁶ 8 Aralık 1992 tarihli, 204 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar204.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

¹⁷ 5 Eylül 2006 tarihli 880 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar880.html> 880 sayılı sayılı karar ile verilen yetkinin uzatılmasında dair 892, 925, 940, 969, 996, 1023, 1045, 1094, 1115, 1201, 1233 ve 1264 sayılı Meclis kararları için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_kararlari_gd.sorgu_baslangic> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

¹⁸ 27 Haziran 2006 tarihli, 876 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar876.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

¹⁹ 20 Kasım 2014 tarihli, 1076 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1076.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

²⁰ 24 Mart 2011 tarihli, 988 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar988.html>; 2 Ocak 2020 tarihli, 1238 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1238.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023. 1551 22 Aralık 2020 tarihli, 1273 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1273.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

²¹ 16 Mart 1964 tarihli, 93 sayılı Kıbrıs'a Türk Silahlı Kuvvetlerinin gönderilmesine izin verilmesi hakkında Meclis kararı için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11659.pdf>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023. 17 Kasım 1967 tarihli, 148 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine izin verilmesine dair Meclis kararı için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/t07/c007/tbmm07007002.pdf>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023. 20 Temmuz 1974 tarihli, 303 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine izin verilmesi hakkında Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc057/karartbmmc057/karartbmmc05700303.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

²² 17 Kasım 2020 tarihli, 1272 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1272.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

kullanılacağı Anayasa’da açıkça belirtilmemiştir. Anayasa’nın 117/2. maddesi milli güvenlik ve yurt savunmasında başkanın sorumlu olacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme silahlı kuvvet kullanma yetkisinin yürütme organı tarafından kullanılacağına işaret etmektedir²³.

Meclisin silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin verme kararının hangi unsurları içerdiği önemli bir husustur. Öz izin veya ön şart olarak nitelendirilen Meclisin izin verme yetkisi silahlı kuvvetlerin kullanılmasında başlatıcı işlem niteliğindedir. Doktrinde bazı yazarlar izin verme işleminin, silahlı kuvvet kullanımına ilişkin somut ve fiili şartları belirlememesi bu konuda takdir yetkisinin yürütme organına bırakılmasının doğru bir tercih olacağını ifade etmektedir. Zira silahlı kuvvet kullanma yetkisi gibi siyasi sorumluluk gerektiren bir kararın alınmasında teknik ve uzmanlık bilgisi açısından yasama organından ziyade, yürütme organının daha uygun olduğunu ifade etmektedirler²⁴. Diğer yandan Meclisin izin kararında somut olayın amaç, kapsam ve koşulları değerlendirilerek yürütme organının silahlı kuvvet kullanma yetkisinin keyfiliğe dönüşmesini engelleyecek biçimde sınırlarının belirlenmesi gerektiği öngörülmektedir. Buna göre bazı yazarlar Meclisin izin kararının silahlı kuvvet kullanımının kapsamı, sınırları ve süresi bakımından belirleyici olması gerekmektedir²⁵.

Anayasa Mahkemesinin, TBMM’nin 12/8/1990 gün ve 107 sayılı “Anayasanın 92. Maddesi Uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair” ve 5/9/1990 gün ve 108 sayılı “Körfez Krizi Sebebiyle, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ükelere Gönderilmesine ve Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına, Anayasanın 92. Maddesi Uyarınca İzin Verilmesine Dair” kararlarının Anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendirdiği kararında bu hususa değinilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararına muhalif kalan Özden’e göre, silahlı kuvvetlerin kullanılmasında gerek, sınır ve kapsamın belirlenmesinde TBMM yetkilidir. Şartları, gereği ve süresi belli olmadan silahlı kuvvet kullanılması yasama işlemine el atmak anlamına gelmektedir²⁶. Benzer bir görüşte

²³ Kürşat Erdil, ‘Birleşmiş Milletler Güvenlik Düzeninde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Sınır Ötesi Operasyonlarda Kullanılması’ (2001) 59(4) Ankara Barosu Dergisi 83, 91.

²⁴ Mustafa Erdoğan, *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler* (Siyasal Kitabevi 1993) 166.

²⁵ Korkut Kanadoğlu, ‘Silahlı Kuvvetlerin Kullanımının Parlamento Tarafından Denetimi’, *Bilgi Toplumunda Hukuk* (2003) C.2 (Ünal Tekinalp’e Armağan) 413,417; Yasin Aslan, ‘Türk Silahlı Kuvvetleri’nin Uluslararası Askeri Müdahalelerde Görevlendirilmesinin İç Hukuktaki Dayanakları’ (2015) 3(5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 208.

²⁶ AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para II/B (4), <<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.

olan Aliefendioğlu kapsamı, amacı belirlenmeden ve herhangi bir süreyle sınırlanmadan, silahlı kuvvetlerin kullanılmasına ilişkin değerlendirmenin yürütmeye bırakılmasının, TBMM'nin izin verme yetkisinin yürütmeye devri anlamına geldiğini ileri sürmektedir²⁷. Karşı oy yazısının gerekçesinde Sezer, Meclis kararında silahlı kuvvetlerin yabancı ülkelere gönderilmesi halinde nereye, hangi süre için gönderildiklerinin; yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verilmesi halinde ise hangi ülke ya da ülkelerden ne kadar bir süre için geldikleri ve bu kuvvetlerin niteliğinin belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yer, ülke, süre belirtmeden koşulsuz bir biçimde alınan Meclis kararı belirsiz ve dolayısıyla sınırsız olacaktır²⁸. Doktrinde Tanör de 107 ve 108 sayılı Meclis kararları ile münhasıran Meclise ait olan bir yetkinin "açık bono" şeklinde yürütme organına devredildiğini ifade etmiştir. Kararda savaş hali, silahlı kuvvet gönderme veya silahlı kuvvet kabul etme faaliyetlerinden hangisinin kastedildiğinin belirlenmemesi bu konuda tercihin yürütmeye bırakıldığını göstermektedir. Tanör'e göre, Anayasaya aykırılık teşkil eden bir başka durum ise Meclis tatilde veya ara vermede olmamasına rağmen Bakanlar Kurulu tarafından silahlı kuvvetlerin kullanılabilmesi ihtimalini ortaya çıkarması bununla birlikte ani silahlı saldırı ve Meclisin toplantı halinde olmaması durumunda Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılması yetkisini Başkana tanıyan Anayasa'nın 92/2. maddesine aykırı şekilde söz konusu yetkiyi Başkandan alıp Bakanlar Kuruluna vermesidir²⁹.

Anayasa Mahkemesi kararında dikkat çeken bir diğer husus Meclis kararı doğrultusunda gerçekleştirilen silahlı kuvvet kullanımı ile ilgili yasama organının bilgi edinme yoluyla siyasi denetiminin gerekliliği vurgulanmış. Ancak söz konusu denetimin nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir somut belirmeye gidilmemiştir. Bu konu hakkında Oder, geleneksel bilgi edinme yolları dışında gönderilen ya da kabul edilen asker sayısı, çatışma olasılığında çatışmaların sayısı, kapsamı, bölgesi, süresi ve seyri konularında yürütmenin bilgi verme yükümlülüğünü somutlaştıracak emredici hukuk kurallarının açıkça düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca yasama organının silahlı kuvvet kullanılmasına yönelik verdiği izin kararında kendisine düzenli aralıklarla rapor sunulmasını talep etmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir³⁰.

²⁷ AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.

²⁸ AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para II, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.

²⁹ Bülent Tanör, 'Türkiye'de Dış İlişkilerin İç Hukuk Rejimi' in Faruk Sönmezoğlu (der), *Türk Dış Politikasının Analizi* (2. Baskı, Der Yayınları 1998) 493, 507-508.

³⁰ Oder (n 1) 453-455.

Meclisin izin kararı vermesinin ardından silahlı kuvvet kullanılmasının icrası konusunda Başkan takdir yetkisine sahiptir. Meclis, sadece bu yetkinin kullanılmasına onay vermekte buna karşın Başkanı bu yetkinin kullanılmasına zorlayamamaktadır³¹. Şüphesiz Başkan silahlı kuvvetlerin kullanılmasında Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ile görevli komutanların görüşlerinden ve bu konuya ilişkin hazırlamış oldukları raporlardan faydalanacaktır³². Bununla birlikte Başkan silahlı kuvvetlerin kullanılması kararını icra ederken uluslararası hukukun meşru saydığı haller ile uluslararası insancıl hukuk kurallarına uygun biçimde hareket etmelidir. Uluslararası hukukun meşru saydığı haller açısından Başkan silahlı kuvvet kullanma kararını icra ederken BM Örgütü Güvenlik Konseyi ve BM Genel Kurulu kararlarını raporlarını dikkate almalıdır. Ayrıca insancıl hukuka ilişkin başta Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri olmak üzere uluslararası pozitif düzenlemelerde yer alan yükümlülöklere ve teamöl kurallarına da uygun hareket edilmesi gerekmektedir³³. Netice itibarıyla silahlı kuvvet kullanımı gibi son derece önemli ve hassas bir konuda hukuka uygun, uzlaşmacı bir anlayış ile devlet organları arasında uyum doğrultusunda kararlar alınması oldukça önemlidir.

B. Uluslararası Antlaşmaların veya Uluslararası Nezaket Kurallarının Gerektirdiği Haller

Anayasa'nın 92. maddesine göre, uluslararası antlaşmaların veya uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ölkelere gönderilmesi ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına TBMM izin vermektedir. Bu düzenleme taraf olunan uluslararası antlaşmaların ve uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği durumlarda silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar verme yetkisinin kime ait olacağı açıkça belirtilmemektedir. Ancak bu yetkinin Başkana ait olduğunu kabul etmek mümkündür³⁴. Bu hallerden birinin gerekliliği halinde Meclisin izni gerekmeksizin Başkan re'sen yabancı ölkelere silahlı kuvvetlerin gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması kararı verebilecektir³⁵. Uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerde Başkanın silahlı kuvvet kullanma yetkisinin açıklanmasında

³¹ Kanadoğlu (n 25) 419.

³² Beyoğlu (n 6) 244.

³³ Beyoğlu (n 6) 45.

³⁴ Mustafa Erdoğan, 'Silahlı Kuvvetlerin Türk Anayasa Düzeni İçindeki Yeri' (1990) 45(1) AÜSBF Dergisi 309,331.

³⁵ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (Turhan Kitabevi 2013) 228.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar kavramının incelenmesi gerekli iken uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallerin hangi durumlar olduğuna ilişkin somut örneklerin incelenmesi bu istisnai yetkinin anlaşılmasında aydınlatıcı olacaktır.

1. Uluslararası Antlaşmaların Gerektirdiği Haller

Uluslararası antlaşmaların iç hukukta yürürlüğe girebilmesi için yetkili organlar tarafından usulüne uygun bir biçimde onaylanmaları ve yayınlanmaları gerekmektedir³⁶. Anayasa'nın 104. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında antlaşmaları onaylama ve yayınlama yetkisinin Başkana verildiği görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 90. maddesi gereğince yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanabilmesi için öncelikle bu antlaşmanın bir kanunla uygun bulunması gerekmektedir. Anayasa'nın 90/1. maddesindeki bu hüküm uluslararası antlaşmaların onaylanması konusunda genel bir kural niteliğindedir³⁷. İlgili maddenin 2³⁸. ve 3³⁹. fıkralarında bu kurala istisna getirilmiş olmakla birlikte bu iki düzenleme dışında kalan tüm uluslararası antlaşmaların Meclis tarafından onaylanmalarının kanunla uygun bulunması gerekliliğini bir kez daha ifade etmek gerekmektedir.

Burada ele alınması gereken önemli bir husus Başkanın uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerde Başkanın istisnai olarak silahlı kuvvet kullanma kararı alabilmesi için antlaşma hükümlerinin somut bir askeri uygulama içerip içermemesine göre yapılacak değerlendirmedir. Bu değerlendirmenin iki yönlü olduğu ifade edilebilir. Birincisi uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerde Başkanın Meclis onayı olmadan silahlı kuvvet kullanma kararı alması antlaşmanın doğrudan silahlı kuvvet kullanmaya yönelik somut bir şekilde askeri uygulama içermesi gerektiği yönündedir. Bu değerlendirme çerçevesinde açık bir

³⁶ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınları 2021) 1102.

³⁷ Gözler (n 36) 1109.

³⁸ Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

³⁹ Uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

biçimde, doğrudan ve somut bir askeri uygulama içermeyen sadece güvenlik ve genel nitelikte bir askeri işbirliğinden bahseden antlaşmaların Başkana re'sen kuvvet kullanma yetkisini tanımadığını kabul etmek gerekir⁴⁰. Dolayısıyla böyle bir durumda silahlı kuvvet kullanılması kararının alınmasında Meclis izninin gerekliliği ileri sürülmektedir⁴¹. Değerlendirmenin ikinci yönü ise somut bir askeri uygulamayı içeren veya gerektiren antlaşmaların Anayasa'da öngörülen istisnai hüküm kapsamında değerlendirilmesi yönündedir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde Başkanın bu istisnai yetkisinin kapsamını belirlenmesinde ilk olarak akla NATO Antlaşması gelmektedir. NATO Antlaşmasının 5. maddesine göre, "Sözleşmeciler tarafından birine veya daha çoğuna yönelik bir silahlı saldırı, tarafların hepsine yönelik bir saldırı olarak değerlendirileceği, böyle bir saldırı olması durumunda, BM Antlaşması'nın 51. maddesinde tanınan bireysel ya da toplu öz savunma hakkını kullanarak, Kuzey Atlantik bölgesinde güvenliği sağlamak ve korumak için bireysel olarak ve diğerleri ile birlikte, silahlı kuvvet kullanımı da dâhil olmak üzere gerekli görülen eylemlerde bulunarak saldırıya uğrayan taraf ya da taraflara yardımcı olacakları konusunda anlaşmışlardır"⁴². Bu hüküm uyarınca örneğin Türk Silahlı Kuvvetlerinin saldırıya maruz kalan bir sözleşmeciler ülkeye gönderilmesi, hatta burada bir çatışmaya girmesi ihtimalinin ortaya çıkması halinde ya da NATO kuvvetlerinin Türkiye'de bulunması halinde Başkanın NATO Antlaşmasının gerektirdiği bir halin varlığına dayanarak, Meclisin izni aranmaksızın silahlı kuvvet kullanımına karar verebileceğini kabul etmek gerekir⁴³. Diğer yandan, bu tür örgütlerin kuruluş belgelerinde yer alan düzenlemelerin gerektirdiği kuvvet kullanımının bu istisna kapsamında değerlendirilebileceği, bunun dışındaki her tür kuvvet kullanımının ise Meclisin iznini gerektireceği söylenebilir⁴⁴. Dolayısıyla bu tür Antlaşmaların sadece somut askeri bir uygulamaya işaret eden hükümleri, Başkanın Meclisin onayı olmadan asker gönderebilmesini ya da kabul etmesini mümkün kılmaktadır⁴⁵.

⁴⁰ Erdem Denk, *Silahlı Kuvvet Kullanımıyla İlgili TBMM Kararları* (Siyasal Kitabevi 2012) 167-168.

⁴¹ Denk (n 40) 168-169.

⁴² The North Atlantic Treaty Washington D.C.- 4 April 1949, <https://www.nato.int/cps/en/nato-hq/official_texts_17120.htm> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023).

⁴³ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (Gerçek Yayınevi 1997) 208.

⁴⁴ Denk (n 40) 168-169.

⁴⁵ Onat Çopur, 'Anayasanın 92'nci Maddesine Göre Silahlı Kuvvet Kullanılması' (2013) C. 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391 (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan) 1389, 1402.

1982 Anayasasının 92. maddesinin şekillenmesinde büyük ölçüde yararlanan 1961 Anayasasının 66. maddesine yönelik Temsilciler Meclisi'nde yapılan görüşmelerde uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerin içeriğinin geniş olarak yorumlanmasına dayalı bir yöntem izlenmiş, devlet başkanına tanınan bu istisnai yetkinin amacının, NATO ile ilgili uygulamaların kapsanması olduğu belirtilmiştir⁴⁶. Nitekim doktrinde de Temsilciler Meclisi görüşmelerinde NATO ile yapılan antlaşmalara atıf yapıldığı ifade edilerek NATO kuvvetlerinin Türkiye'ye girip çıkmasının Meclis iznini gerektirmeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁷.

Uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerde Başkana silahlı kuvvet kullanma kararı alma şeklinde tanınan istisnai yetkinin öngörülmesinde, Meclisin söz konusu uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma kanununu görüşürken silahlı kuvvet gönderme veya Türkiye'de bulundurma konusunda gerekli değerlendirmeyi yapmış olduğu varsayımına dayanılır⁴⁸. Bu açıdan Başkanın, öncelikle Meclisin siyasi denetim işlevini gerçekleştirdiği usulüne göre yürürlüğe girmiş olan uluslararası antlaşmaların gerektirdiği hallerde yeniden Meclis izni olmadan bir kriz bölgesine veya savaşın sürdüğü bir bölgeye silahlı kuvvet gönderme ve yabancı bir devlete ait silahlı kuvvetlerin Türkiye topraklarında bulunmasına karar verme yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁹.

2. Uluslararası Nezaket Kurallarının Gerektirdiği Haller

Uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallerde Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı almasına yönelik istisnai yetkinin egemenlik ilkesinin zedelenmeyeceği uygulamalar bakımından söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede

⁴⁶ Aslan; Anayasal düzenlemede yer alan uluslararası antlaşmalar hususunun aslında NATO Antlaşmasını (The North Atlantic Treaty) ifade ettiğini, zira Türkiye'nin başka herhangi bir ittifak teşkilatına üye olmadığını belirtmiştir. Aslan (n 25) 218.

⁴⁷ Soysal (n 43) 208.

⁴⁸ Oder (n 1) 448. Anayasa Mahkemesinin bir kararına karşı oy yazısında konuya ilişkin şu ifadeler kullanılmaktadır: "Türkiye'nin taraf olduğu ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulundurulabilmesine olanak veren antlaşmalar önceden Meclisin onayından geçtiğinden onun bilgisi içinde olacaktır. Çünkü bu durumda Türk Silahlı Kuvvetleri'nin gönderilebileceği yabancı ülkeler ile gönderme nedenleri ve Türkiye'de bulunabilecek yabancı kuvvetlerin hangi ülkelere ait olacağı ve Türkiye'de bulunma nedenleri önceden bilinmektedir". AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para 91, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?EsasNo=1990%2F31&KararTarihilk=24%2F09%2F1990>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023.

⁴⁹ Onat Çopur, 'Anayasa Hukukunda Savaş Hali' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 62.

barışçıl olan ve askeri nitelik taşımayan üst düzey resmi ziyaretler, cenaze törenleri gibi askeri personelin de yer aldığı eskort amaçlı önlemler ve uygulamalar uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallere birer örnek teşkil etmektedir⁵⁰.

Uluslararası nezaket kurallarının gerektirdiği hallere ilişkin uygulamaların niteliği Başkanın Meclis izni olmadan silahlı kuvvet kullanma kararı almasında önemlidir. Zira barışçıl olmayan askeri nitelikte uygulamalara sebebiyet verecek hallerde Meclisin izninin aranması daha doğru olacaktır⁵¹. Bu kapsamda uluslararası örgütlerin (doğal afetler sonrasında uluslararası yardım götürme, uluslararası üst düzey ziyaretler, zirveler ve olimpiyatlar gibi) uluslararası organizasyonlar bağlamında güvenlik ihtiyacının artmasına binaen kapsamlı uygulamaları söz konusu olabilmektedir. Bu uygulamalar devletler arasında yapılan anlaşmalar neticesinde gerçekleştirilmektedir. Ancak kimi zaman güvenliği sağlama amacıyla ortaya çıkabilecek bir güvenlik sorunu ihtimalinde askeri nitelikte uygulamalara başvurulması muhtemeldir. Barışçıl nitelikte olmayan uygulamalara başvurma riskinin yüksek olduğu bir durumda Meclisin iznine başvurulması gerekmektedir⁵².

C. TBMM Tatilde veya Ara Vermede İken Başkanın Silahlı Kuvvet Kullanmaya Karar Verme Yetkisi

Anayasanın 92/2. maddesi Başkana herhangi bir izne gerek olmaksızın Meclis tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya maruz kalması ve silahlı kuvvet kullanılmasının kaçınılmaz olması durumunda Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verme imkanı tanımaktadır. Başkana tanınan bu yetki istisnai niteliktedir. Bu düzenleme olağan zamanlarda Meclisin iznine tabi olarak kullanılabilen silahlı kuvvet kullanma kararı alma yetkisinin Meclisin çalışmadığı zamanlarda da kullanılabilmesine imkan sağlayan bir düzenleme niteliğindedir⁵³.

Anayasanın 92/2. maddesi gereğince Başkanın silahlı kuvvet kullanmaya karar verme yetkisi belirli koşulların varlığı halinde kullanılabilir⁵⁴. Bu koşullardan ilki, Meclisin tatilde veya çalışmalarına ara vermiş olmasıdır. Anayasanın 93. maddesi Meclisin bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabileceğini

⁵⁰ Denk (n 40) 176.

⁵¹ Kemal Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C.2 (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1996) 2315.

⁵² Denk (n 40) 176-177.

⁵³ Beyoğlu (n 6) 310.

⁵⁴ Erdoğan (n 24) 160.

belirtmektedir. İçtüzüğün 5. maddesine göre Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca başka bir karar alınmadıkça Meclis, 1 Temmuz günü tatile girmektedir. İçtüzüğün 4. maddesine göre her Ekim ayının birinci günü çağrısız olarak toplanmaktadır. Ara verme ise, İçtüzüğün 6. maddesine göre, Meclisin çalışmalarını 15 günü geçmemek üzere ertelemesidir. Anayasanın 92/2. maddesinde Başkana silahlı kuvvet kullanma kararı alma yetkisi Meclisin tatilde veya ara vermede olması ile sınırlandırılmıştır. Diğer yandan Meclisin ara verme veya tatilde olmamasına rağmen toplanmasının mümkün olmadığı durumlarda ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve zaruri olarak müdafaa hakkının kullanılmasına kimin karar vereceği hususu belirsizlik arz etmektedir. Meclisin toplanamama hali fiili imkansızlıklardan kaynaklanabileceği gibi kimi zaman da Meclisin uygulamalarından ortaya çıkabilmektedir. Ani saldırının Meclise yönelik olması durumunda milletvekillerinin çoğunun hayatını kaybetmeleri Meclisin toplanmasını ve çalışmasını imkansız hale getirmektedir⁵⁵. Doktrinde toplantı yetersayısının sağlanamaması veya Başkanlık Divanının teşekkül edememesi gibi durumlarda birleşimin kapatıldığı ve böylece fiili anlamda bir “toplanmama” halinin ortaya çıktığını görülmektedir⁵⁶. Dolayısıyla gerek Meclisin toplanamaması gerekse Meclisin fiili uygulamalarından doğan toplanmama durumlarında da Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararını alabilme yetkisine sahip olduğu hukuki bir dayanağa kavuşturularak bu husustaki belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir⁵⁷.

İkinci koşul, ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğramasıdır. Bu koşul, BM Antlaşmasının 51. maddesiyle paralellik göstermektedir. Anayasanın 92/2. maddesindeki “ani bir silahlı saldırı” ifadesi Antlaşmada yer alan meşru müdafaa hakkının kullanılmasını sonucunu doğuran silahlı saldırının gerçekleşmesi şartına işaret etmektedir. Üçüncü koşul ise silahlı kuvvet kullanılmasına karar verilmesinin kaçınılmaz olması şeklinde ifade edilebilir. Anayasada yer alan “silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması” ifadesi meşru müdafaa hakkının gereklilik ve aciliyet şartlarına karşılık gelmektedir⁵⁸.

Başkana Anayasa ile tanınan ve belirli koşulların varlığı halinde kullanılabilen bu istisnai yetkinin pratik anlamda oldukça işlevsel olduğu ileri sürülmektedir⁵⁹.

⁵⁵ Beyoğlu (n 6) 309.

⁵⁶ Fahri Bakırcı, Abbas Kılınç, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde ‘Süreklilik İlkesi Çerçevesinde ‘Ara Verme’ ve ‘Tatil’ Üzerine’ (2021) 12(45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 155,166 vd.

⁵⁷ Beyoğlu (n 6) 310.

⁵⁸ Beyoğlu (n 6) 313.

⁵⁹ Beyoğlu (n 6) 308.

Diğer yandan Meclisin çalışmadığı bir zaman diliminde ülkeyi savunmak gayesiyle Başkana tanınan bu yetkiye ilişkin TBMM İçtüzüğü 129/2. maddesinde yer alan “Anayasanın 92/2. maddesinde belirtilen hallerde Başkan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir ve derhal Türkiye Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır” hükmü farklı yorumlara sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre, Anayasanın 92/2. maddesi ile Başkana tanınan silahlı kuvvet kullanılmasına karar verme yetkisinde Meclis herhangi bir aşamada devreye sokulmazken, İçtüzüğün ilgili hükmü gereğince Başkana derhal Meclisi toplantıya çağırma yükümlülüğü yüklenmesi teorik açıdan sorunlu kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede Meclisi derhal toplantıya çağırmanın hukuksal ve uygulamaya yönelik sonuçları konusunda açık bir düzenleme yapılmamış olmasının sorun yaratacağı üzerinde durulmuştur⁶⁰. Zira Anayasanın 92. maddesinin gerekçesinde Başkana tanınan bu yetkinin “ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması karşısında Silahlı Kuvvetleri derhal harekete geçirebilmek için Meclisin derhal toplanıp karar almasının gecikmelere yol açacağı veya toplanmasına imkan olmayan hallerde telifisi mümkün olmayan durumlar yaratacağı⁶¹...” düşünülerek verildiği ifade edilmektedir. Anayasanın 92/2. maddesi, Meclisin toplanamadığı bir durumda silahlı kuvvetlerin kullanılması gerektiğinde bu hareketin anayasal bir dayanağının olmasını sağlamıştır⁶². Diğer yandan ikinci bir görüşe göre, Başkanın bu yetkisini kullanmasıyla Meclisin devre dışı bırakılmadığı sadece olağan dışı koşulların mevcudiyeti halinde, Meclisin işleme katılma sırasında bir değişiklik meydana geldiği ifade edilmektedir. TBMM’nin koşullar elvermediği için savaş hali ilanı olanağı bulamadığı durumda, İçtüzüğün ilgili hükmünün Meclise bu olanağı sağladığı kabul edilmektedir⁶³.

Anayasanın 92/2. maddesiyle Başkana tanınan istisnai yetki konu bakımından sınırlıdır. Bu yetki sadece ülkeyi savunmak, ülkenin karşılaştığı ani bir saldırı neticesinde kendini müdafaa etmek amacıyla gecikmeksizin silahlı kuvvetlerin kullanılması kararı alınması için Başkana tanınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde ülkenin meşru müdafaa hakkını kullanması durumunda yabancı silahlı kuvvetlerden yardım talep edip edemeyeceği sorunu akla gelebilir. Zira doktrinde bir görüşe göre, meşru müdafaa hakkının kullanılması gerekliliği ortaya çıktığında Başkanın Anayasanın 92/2. maddesinin kendisine tanıdığı silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar verme yetkisini aynı zamanda yabancı silahlı kuvvetlerden

⁶⁰ Denk (n 40) 158-160.

⁶¹ Ömer İzgi, Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu* (TBMM Basımevi 2006) 903.

⁶² Çopur (n 49) 1409.

⁶³ Çopur (n 49) 1410.

yardım talep edilmesini de içerecek şekilde kullanabilmesi mümkündür⁶⁴. Ani bir silahlı saldırı durumunda ülkenin bireysel meşru müdafaa hakkını kullanması mümkün olmakla birlikte diğer devletlere yardım çağrısında bulunarak müşterek meşru müdafaa hakkını da kullanabilecektir⁶⁵. Diğer yandan başka bir görüşe göre, bu istisnai yetki başka ülkelere silahlı kuvvetlerin gönderilmesini ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'ye çağırılmasını kapsamamaktadır⁶⁶.

D. Silahlı Kuvvet Kullanma Kararının Yargısal Denetimi

Silahlı kuvvetlerin kullanılması kararının yargısal denetiminin iki açıdan değerlendirilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, Anayasanın 92/1. maddesi gereğince Başkana silahlı kuvvet kullanılması için verilen iznin denetlenip denetlenemeyeceği, ikincisi ise Meclisin tatil veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması durumunda Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararının yargısal denetimi sorunudur.

Meclisin silahlı kuvvet kullanılmasına izin vermesi durumunda izin işleminin yargısal denetiminin mümkün olup olmadığı bu işlemin niteliği ile yakından ilişkilidir. Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin 107 ve 108 sayılı kararlarının Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin yapılan bir başvuruyu değerlendirdiği kararında, "... Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca TBMM tarafından, yasama organının yetkileri kapsamındaki işlem türlerinden biri olan "karar" ile kendisine "izin" verilmiş Hükümetin görevlendirilmesi, Anayasa'nın 117. maddesinin amacı doğrultusunda uzmanlık ve yönetim tekniğinin kaçınılmaz gereğidir. Şu halde, davacının bu yoldaki savının aksine, 107 ve 108 sayılı TBMM kararlarının, anayasal yargı denetimine bağlı tutulacak yasama işlemlerinden olmadıkları için Anayasa'ya aykırı olup olmadıklarını saptamak amacıyla esastan incelenmelerine gerek görülmemiştir" sonucuna ulaşmıştır⁶⁷. Karara katılmayan karşı oy yazılarının gerekçelerinde 107 ve 108 sayılı kararların, ileriye dönük kural koyucu nitelik taşımaları nedeniyle bir kanun etkinliğinde ve düzeyinde olduğu bu nedenle bu tür kararların "izin verme" amacına dönük Meclis kararı olarak kabul edilip anayasa yargısı denetimi dışında tutulmasının, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.

⁶⁴ Denk (n 40) 161.

⁶⁵ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 524.

⁶⁶ Erdoğan (n 24) 163.

⁶⁷ AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.

Anayasa Mahkemesi, silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin verme işleminin Meclis kararı ile gerçekleştirildiği bu nedenle denetlenemeyeceğine yönelik içtihadını sonraki kararlarında da sürdürmüştür⁶⁸. Doktrinde de tartışmalı olan bu husus çerçevesinde bir görüş, Anayasa'nın 92. maddesinde düzenlenmiş olan Meclisin izin verme yetkisini kendine özgü (sui generis) bir parlamento kararı olarak nitelendirmekte, parlamento kararı biçiminde alınması gereken bir kararın kanun biçiminde alınmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu görüş aynı zamanda parlamento kararı biçiminde yapılması gereken bir işlemin kanun biçiminde yapılabileceği yönündeki eğilimin Anayasa'ya ve Meclisin yönetsel bağımsızlığına aykırı olacağını ifade etmektedir⁶⁹.

Doktrinde bir diğer görüşe göre, vatandaşın hukukunu ilgilendiren ya da Meclisin dışa dönük kararlarının kanunla yapılması ve anayasa uygunluk denetimine tabi olmaları gerekmektedir. Zira Meclis kararlarının mahiyeti gereği vatandaşların hukukunu etkilememesi gerekir⁷⁰. Buna göre, Meclisin izin verme işleminin karar olarak adlandırılmasına rağmen aslında kanun niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak böyle bir durumda Meclisin bu yöndeki kararlarının yargısal denetiminin mümkün olduğunu kabul etmek, mahiyeti gereği siyasi nitelik taşıyan kararların Anayasa Mahkemesince yerinde denetimine tabi tutulması tehlikesini ortaya çıkarabilecektir⁷¹. Dolayısıyla Meclisin silahlı kuvvet kullanımına izin verme yetkisinin parlamento kararı biçiminde alınması isabetlidir. Zira her ne kadar izin yetkisi Meclise verilmiş olsa da izinden sonra silahlı kuvvet göndermek veya yabancı silahlı kuvvetlerin ülkede

⁶⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nun 12/10/2001 günlü, 24551 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10/10/2001 günlü 722 sayılı "Anayasanın 92. ve 117. maddeleri uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair Kararın Anayasa aykırılığı nedeniyle iptalinin istendiği başvuruda Anayasa'nın 85. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olan TBMM kararlarının sayılmış olduğunu, yorumla bu sayılanlara ilave yapılmasının Anayasaya uygun olmadığını belirterek iptal başvurusunu görevsizlik nedeniyle reddetmiştir. AYM, E.2001/424, K.2001/354, 22/11/2001, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2001/354?EsasNo=2001%2F424>> Erişim 2 Mart 2023.

⁶⁹ Gözler (n 36) 644; Erdoğan (n 24) 167; Çopur (n 49) 51-53.

⁷⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2020) 329; Erdoğan Teziç, 'Parlamento Kararı ve Kanun' (1988) 5 *Anayasa Yargısı Dergisi* 121,127; Meltem Dikmen Caniklioğlu, 'Ulusal ve Uluslararası Hukuk Işığında Türkiye'nin 2003 Tezkere Serüvenine İlişkin Görüşler-Düşünceler' (2007) 9(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29,53.

⁷¹ Kanadoğlu (n 25) 419. Yasin Aslan, *Savaş Hukuku ve Angajman Kuralları* (Bilge Yayınevi 2016) 91.

bulunmasına karar vermek niteliği gereği yasama işlevi değildir. Burada silahlı kuvvet kullanılması kararı yürütme organına aittir⁷².

Başkanın Meclisin çalışmadığı dönemlerde silahlı kuvvet kullanılması kararının yargısal denetiminin mümkün olup olmadığını belirlemek için bu kararın mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Silahlı kuvvetlerin kullanılması kararı mahiyeti gereği siyasi yönü ağır basan, yerindeliğini yürütmenin tayin edebileceği ve takdir yetkisine dayanan kararlardır⁷³. Anayasanın 104/15. maddesi, Başkanın Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına “karar” verme yetkisinden bahsetmektedir. Dolayısıyla bu işlemin bireysel nitelikte bir işlem olduğunu kabul etmek mümkündür⁷⁴. Ancak bu durumda da silahlı kuvvet kullanma kararının hükümet tasarrufu mu yoksa idari bir işlem olarak denetlenmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır.

Hükümet tasarrufu, yürütme organının hükümet olma sıfatıyla halkın günlük, alelade ihtiyaçları için değil, devletin ve milletin yüksek menfaatlerini korumak gayesiyle yaptığı işlemlerdir⁷⁵. Hükümet tasarruflarının iki temel özelliği, yürütme organının bir işlemi olmaları ve yargı denetimi dışında kalmalarıdır. Hükümet tasarrufu kategorisinde yer alan işlemler idari işlemler olmadıklarından yargı denetimi dışında kalmaktadırlar⁷⁶. Hükümet tasarrufu niteliği taşıyan işlemler söz konusu olduğunda yargı mercilerinin bu işlemleri denetlemekten kaçındıkları görülmektedir⁷⁷. Bu işlemler dava konusu edildiklerinde yargı mercileri siyasi saik, siyasi tedbir gibi gerekçelerle açılan idari davaları ilk incelemede reddetmektedirler⁷⁸. Doktrinde bir görüşe göre, yürütmenin yabancı devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemlerin hükümet tasarrufu mahiyetinde

⁷² Erdoğan (n 24)168.

⁷³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019) 758; Aslan (n 25) 262.

⁷⁴ Şeref İba, Yasin Söyler, ‘Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 195,200.

⁷⁵ Ragıp Sarıca, ‘Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları’ (1942) 8(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 457,458.

⁷⁶ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2011) 106; Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 76.

⁷⁷ Ergun Özbudun, ‘İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları’ (1961) 18(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637646>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.

⁷⁸ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku C. II İdari Yargılama Hukuku* (Turhan Kitabevi 2017) 36.

olduğu ifade edilmektedir⁷⁹. Bu bağlamda bir uluslararası örgüt (örneğin NATO) kapsamında sahip olunan bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Meclis tatile veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Başkanın silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar vermesi, Meclisin yabancı ülkelere silahlı kuvvet gönderilmesi için Başkana yetki vermesi halinde Başkanın yabancı ülkelere silahlı kuvvet gönderilmesine veya gönderilmemesine ilişkin kararları, bir yabancı devlete karşı ambargo uygulanması veya uygulanmaması kararı, bir yabancı devlete karşı misillemede bulunulması veya bulunulmaması kararı ile savaş halinde savaşın yürütülmesine yönelik eylem ve işlemler hükümet tasarrufu niteliğindedir⁸⁰. Başka bir görüşe göre, 2017 Anayasa değişiklikleri ile Başkanın yaptığı tüm işlemlere karşı yargı denetimi yolunun açılmasına rağmen silahlı kuvvet kullanma kararının hükümet tasarrufu sayılarak tamamıyla yargı denetimi dışında bırakılması isabetli değildir⁸¹. Zira yürütme organı tarafından gerçekleştirilen hükümet tasarruflarının hiçbir şekilde denetime tabi olmaması hukuk devleti ilkesini de zedeleyecektir. Ancak bu görüşü savunanlar hükümet tasarrufu niteliğindeki işlemlerin tamamıyla yargı denetimi kapsamına alındığında siyasi nitelikte bir kararın yargı organı tarafından denetlenmesi anlamına geleceğini böyle bir durumun kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyeceğini ileri sürmektedirler. Bu durumda siyasi nitelikte bir hükümet tasarrufunun denetlenmesinin ancak şekil ve yetki açısından mümkün olabileceğini takdir yetkisine giren durumlar için değerlendirme yapılmaması gerektiğini ifade etmektedirler⁸².

II. ABD HUKUKUNDA BAŞKANIN SİLAHLI KUVVET KULLANMA YETKİSİ

A. Genel Olarak

ABD Anayasası'na göre savaş yetkileri Kongre ve Başkan arasında paylaştırılmıştır. Anayasa'nın 1. maddesinin 8. bölümünde savaş ilan etmek, bütçe süresi iki yılı aşmayacak şekilde orduları teşkilatlandırmak ve donatmak, donanma kurmak, kara ve deniz kuvvetlerinin yönetimi ve düzenlenmesi için gerekli kuralları

⁷⁹ Mümtaz Soysal, *Dış Politika ve Parlamento* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1964) 19.

⁸⁰ Gözler (n 73) 757-759.

⁸¹ Yücel Özdemir, 'Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi' (2021) 29(4) SÜHFD 3211,3251.

⁸² Ömer Faruk Erol, 'Hukuk Devleti İlkesi Işığında Hükümet Tasarrufları Teorisi ve Yargısal Denetimi' (2013) 13(2) Kamu Hukuku Arşivi 81,89.

belirlemek, isyanları bastırmak ve işgalleri sonlandırmak üzere milis kuvvetlerin örgütlenmesinden göreve çağırılmasına kadar milis kuvvetler ile ilgili birtakım yetkiler Kongre'ye tanınmıştır⁸³. Bu düzenleme, ülkenin başka bir ülkeye savaş başlatıp başlatamayacağı ya da ülkeye karşı savaş ilan eden bir ülkeye karşılık verilip verilmeyeceği yetkisini münhasıran Kongre'ye tanımaktadır⁸⁴.

Anayasa'nın 2. maddesinin 2. bölümünde Başkanın Kara ve Deniz Kuvvetleri ve Birleşik Devletler için faal hizmete çağırıldıkları takdirde eyaletlerin milis kuvvetlerinin başkomutanı olacağı düzenlenmektedir. Ülkeye yönelik ani bir silahlı saldırı karşısında Kongre'de sürecin nispeten ağır işleyeceği de göz önünde tutularak başkomutan sıfatıyla Başkanın silahlı kuvvet kullanma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁸⁵. Ancak bu noktada Başkanın savaş anlamına gelebilecek eylemleri gerçekleştirebilmesi için Kongre tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir⁸⁶. Kongre tarafından yetkilendirilen Başkan bu kararın gereğini yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, askeri gücün kullanılması şeklinde olabileceği gibi yaşanan gelişmeler göz önüne alınarak ateşkese yahut savaşın sonlandırılmasına yönelik bir uluslararası antlaşmaya taraf olunması ile meselenin çözümlenmesi şeklinde de yerine getirilebilmektedir⁸⁷.

Her ne kadar ABD Anayasası savaş ilanının tamamen Kongre'ye ait bir yetki olduğunu ifade etse de uygulamada Kongre'nin mi başkanların mı askeri güç kullanılmasında yetki sahibi olduğu uzun yıllardır tartışılmaktadır. Özellikle Kongre tarafından resmi olarak savaş ilan edilmeden başkanların silahlı kuvvet kullanmalarının çoğu durumda savaşa yol açması Kongre ve Başkan arasında yetki tartışmalarına neden olmaktadır. Uygulamada başkanlar lehine gelişen yetki kullanımını 1950'de Başkan Truman'ın Kongre'nin onayı olmadan Kuzey Kore'ye yönelik gerçekleştirdiği askeri müdahaleyle başlamış ve halef başkanlar tarafından da sürdürülmüştür⁸⁸. Doktrinde de kimi yazarlar başkomutanlık sıfatını başkanların

⁸³ The Constitution of the United States <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>> Erişim Tarihi 9 Mart 2023.

⁸⁴ Saikrishna Prakash, 'Unleashing the Dog of War: What the Constitution Means by "Declare War"' (2007) 93(1) Cornell Law Review 45,117.

⁸⁵ Louis Fisher, *The Law of the Executive Branch: Presidential Power* (Oxford University Press 2015) 309.

⁸⁶ Prakash (n 84) 47.

⁸⁷ Prakash Saikrishna, 'Exhuming the Seemingly Moribund Declaration of War' (2008) 77(1) The George Washington Law Review 89,130.

⁸⁸ Fisher (n 85) 262-263.

silahlı kuvvetlerin kullanılmasında tek başına hareket etmelerinin bir gerekçesi olarak görmüşlerdir⁸⁹. Başkomutanlık sıfatı, Anayasa'nın yürütmeye ilişkin diğer hükümleri özellikle dış politikaya ilişkin anayasal yetkilerle birlikte değerlendirildiğinde yürütme tarafından da geniş bir biçimde yorumlanmıştır⁹⁰.

B. Başkomutan Olarak Devlet Başkanı

ABD Anayasası'nın 2/2. bölümünde; Başkana tanınan başkomutanlık yetkisi, Başkan açısından özel bir iktidar niteliğindedir⁹¹. Nitekim tarihte silahlı kuvvet kullanımına ilişkin pek çok olayda Başkan Kongre'nin onayına başvurmadan başkomutanlık unvanına dayanarak silahlı kuvvet kullanma kararı almıştır. ABD Anayasası Başkanın başkomutanlık unvanına sahip olduğunu düzenlemesine rağmen bu yetkinin içeriği hakkında net bir sınır belirlememiştir. Uygulamada başkanlara bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilmiş pek çok kez Kongre tarafından yetkilendirilmeden askeri güç kullanma yetkilerini kendilerinde görmüşlerdir.

Başkan Lincoln iç savaş yıllarında Kongre onayı olmadan kuşatılan limanlardaki gemilere el konulması emrini vererek askeri gücün tek yanlı kullanımının öncülüğünü yapmıştır⁹². Başkan Lincoln'ün uygulamaya koyduğu ablukayı Prize Cases davasında değerlendiren Yüksek Mahkeme, ülkeye yöneltilen bir saldırının mevcudiyeti nedeniyle Başkanın anayasal yetkisini kullandığını ifade etmiştir⁹³. Bununla birlikte savaş ilan etme yetkisinin Kongre'ye tanındığını başkomutan sıfatını haiz olan Başkanın devletin içinde veya başka bir devlete karşı askeri güç kullanma yetkisinin olmadığı belirtilmiştir. Başkan ancak yabancı bir devletin işgali söz konusu olursa buna karşı direnme yetkisini Kongre tarafından yetkilendirilmeye ihtiyaç duymadan kullanmalıdır. Bu açıdan Başkanın yetki verilmeksizin, savaş eşliğine varmayan, ülkeyi korumak amacıyla gerçekleştirilecek askeri görevler için, silahlı kuvvetleri güvenlik ve dış politika ihtiyaçları doğrultusunda uygun gördüğü şekilde konuşlandırabileceğini ifade etmek mümkündür⁹⁴.

⁸⁹ Jefferson H. Powell, 'The President's Authority over Foreign Affairs: An Executive Branch Perspective' (1998) *The George Washington Law Review* 527,572.

⁹⁰ Powell (n 89) 565.

⁹¹ Beyoğlu (n 6) 83.

⁹² Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of American Republic* (The Belknap Press of Harvard University 2010) 71.

⁹³ U.S. Supreme Court, Prize Cases, 67 U.S. 635, 668 (1863), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

⁹⁴ Powell (n 89) 569-570.

Başkomutanlık otoritesi ile Başkanın ülkenin dış işleri üzerindeki doğal otoritesinin bir kombinasyonu olarak ileri sürülen savaşla ilgili başkanlık yetkisi 20. yüzyılda ciddi bir şekilde genişlemeye başlamıştır⁹⁵. Yüksek Mahkeme içtihatlarına da yansıyan bu durum *Chicago v. S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*⁹⁶ ile *Johnson v. Eisentrager* davalarında bir kez daha vurgulanarak silahlı kuvvetlerin yurtdışına gönderilmesinin dış ilişkiler kapsamında değerlendirilmesi ve Başkanın münhasır yetki alanı içerisinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁷.

Başkan Clinton, 1994'te NATO operasyonu kapsamında silahlı kuvvetleri Bosna Hersek'te görevlendirmiş ve bu kararını dış ilişkilerin yürütülmesine dair anayasal yetkisi kapsamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte Kongre'nin silahlı kuvvet kullanılması sınırlamaya yönelik girişimlerini başkomutanlık yetkisi üzerinde anayasa aykırı bir sınırlama olarak eleştirmiştir⁹⁸. Anayasa koyucunun dış ilişkilerde Başkanın güçlü bir hale getirmesinin de bu duruma zemin hazırladığı söylenebilir⁹⁹.

2011'de Başkan Obama Kongre onayı olmadan başkomutanlık unvanına dayanarak Libya'da sivilleri saldırılardan korumak üzere BM Güvenlik Konseyi'nin 1973 tarihli kararını gerçekleştirmek üzere ABD askeri kuvvetlerine harekete geçme emri vermiştir. Bu operasyonlara mevzuat tarafından izin verilmemesine rağmen, yürütme organı Kongre'ye, Başkanın başkomutan ve yürütmenin başı olarak ve dışişleri yetkileri uyarınca, yurtdışında bu tür sınırlı askeri operasyonları yönetmek için anayasal yetkiye sahip olduğunu iddia eden bir rapor sunmuştur¹⁰⁰.

Başkan Trump'ın Suriye'ye yönelik gerçekleştirilen askeri güç kullanımından sonra Hukuk Müşavirliği Ofisi, Başkan'ın gerçekleştirilen saldırıların, Kongre onayına gerek olmaksızın başkomutanlık yetkileri dahilinde olduğunu çünkü silahlı kuvvet kullanma kararının ulusal çıkarlara uygun ve savaş düzeyine çıkmayacak şekilde anayasal sınırlar içinde kaldığını ifade etmiştir. Benzer şekilde 2020'de Başkan Trump'ın İran'a karşı kuvvet kullanımından sonra Kongre'ye sunulan raporda Anayasa'nın 2. maddesine dayanılarak, başkomutan olarak Başkan'ın,

⁹⁵ Jennifer K. Elsea, 'Defense Primer: President's Constitutional Authority with Regard to the Armed Forces' (Congressional Research Service 2020) 1.

⁹⁶ U.S. Supreme Court, *Chicago & S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 109 (1948), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/103>> Erişim Tarihi 11 Mart 2023.

⁹⁷ U.S. Supreme Court, *Johnson & Eisentrager*, 339 U.S. 763, 789 (1950), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/763/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2023.

⁹⁸ Elsea (n 95) 2.

⁹⁹ Donald P. Kommers, John Finn, Gary Jacopsohn, Gary Thomas ve Justin Dyer, *American Constitutional Law, Governmental Powers and Democracy* (West Academic Publishing 2018) 171.

¹⁰⁰ Elsea (n 95) 2.

ulusu bir saldırı veya yakın saldırı tehdidinden korumak için askeri güç kullanımını yönetme ve önemli ulusal güçleri koruma yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Başkan Biden, Kongre onayı olmamasına rağmen 2021’de Irak’a yönelik silahlı kuvvet kullanma yetkisinde ülkenin dış ilişkilerinden sorumlu ve başkomutan olmasına yönelik anayasal yetkisine atıfta bulunduğunu ifade etmiştir¹⁰¹.

Sonuç olarak ABD başkanları tarafından Kongre onayına ihtiyaç duyulmadan küresel anlamda etki doğurması muhtemel pek çok silahlı kuvvet kullanma kararı alınmıştır. Üstelik bu tür kararlar, Anayasa’da başkanlara tanınan başkomutanlık yetkisi ile yürütmenin dış ilişkileri yürütme yetkisinin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Nitekim ABD’nin İkinci Dünya Savaşı’ndan itibaren pek çok kez askeri operasyon gerçekleştirdiği ancak bu müdahaleler için Kongrenin resmi bir savaş ilanı yapmadığı görülmektedir¹⁰².

C. Savaş Yetkileri Kararı (War Powers Resolution)

7 Kasım 1973 tarihinde Kongre tarafından kabul edilen “Savaş Yetkileri Kararı” (War Powers Resolution) ile Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı Kongre’nin iznine bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı, silahlı kuvvetleri kullanma kararının Kongre’nin her iki kanadı ve Başkan tarafından müşterek biçimde alınmasının sağlanması olarak belirlenmiştir¹⁰³. Başkanın başkomutanlık yetkisini Kongre yetkisiyle sınırlandıran bu düzenleme, her ne kadar Anayasa açıkça öngörmese de silahlı kuvvet kullanımını gerektiren durumların varlığı halinde Kongre’nin Başkana yetki vermesi esasını benimsemektedir¹⁰⁴. Buna göre, Başkanın silahlı kuvvetlerin kullanılması kararı alabilmesi için ya Kongre tarafından savaş ilan edilmesi ya da kanun niteliğinde özgül işlemle yetkilendirilmesi yahut ABD’ye yöneltilen bir saldırı nedeniyle acil bir durumun vuku bulmuş olması gereklidir¹⁰⁵.

Savaş Yetkileri Kararı’nın 3. bölümü Başkanın silahlı kuvvetleri göndermeden önce ve çatışma sona erene dek mümkün olan her durumda Kongre’ye danışmasını genel bir yükümlülük olarak düzenlemektedir¹⁰⁶. Bu yükümlülük hem bir ön

¹⁰¹ Elsea (n 95) 2.

¹⁰² Prakash Saikrishna, *The Living Presidency: An Originalist Argument Against its Ever-Expanding Powers* (The Belknap Press of Harvard University Press 2020) 170.

¹⁰³ The War Powers Resolution: Concepts and Practice, Congressional Research Service, Sec 2(a), <<https://sgp.fas.org/crs/natsec/R42699.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2023.

¹⁰⁴ Oder (n 1) 431.

¹⁰⁵ Sec 2 (c).

¹⁰⁶ Sec 3.

danışma hem de süreç devam ederken onu izleyen danışmaları içermektedir. Böylece silahlı kuvvet kullanımında Kongre'nin düzenli ve sürekli bilgilendirilmesi güvence altına alınmıştır¹⁰⁷. Başkan Ford silahlı kuvvet kullanmadan önce Kongre'ye danışma yükümlülüğünü yerine getirmenin yasama-yürütme arasındaki güven duygusunu pekiştireceğini ifade etse de aynı zamanda bu yükümlülüğü yerine getirmenin bazı pratik güçlükleri olacağını ifade etmiştir. 1975'te Da Nang operasyonu sırasında Kongre'nin Paskalya tatilinde olması ve Kongre'nin kilit isimlerine ulaşmada yaşanan güçlük Savaş Yetkileri Kararında öngörülen danışma yükümlülüğünün uygulamada güçlük çıkarttığı örneklerden sadece biridir¹⁰⁸. Uygulamada başkanlar danışma yükümlülüğünü kuvvet kullanma kararını aldıktan sonra ancak operasyona başlamadan önce Kongre'ye kararın bildirilmesi şeklinde yorumlamışlardır. Bu düşüncenin temelinde kriz yönetiminde etkili ve hızlı karar almanın kaçınılmaz bir zorunluluk olması yer almaktadır¹⁰⁹.

Savaş Yetkileri Kararı'nın 4. bölümünde Başkan, silahlı kuvvetlerin çatışmaya girdiği ya da bu tür bir ihtimalin pek yakın olduğu durumlarda tedarik, onarım, yer değiştirme, ve yabancı kuvvetlerin eğitimi amacıyla gerçekleştirilenler dışında silahlı kuvvetlerin yabancı bir ülkede görevlendirilmesi halinde ve halihazırda yabancı devletin bölgesinde mevcut bir muharebeye hazırlıklı silahlı kuvvet personel sayısının büyük oranda artışına yol açan durumlarda Kongre'ye 48 saat içinde yazılı olarak bilgi vermelidir¹¹⁰. Ayrıca bu düzenleme ile getirilen bildirim yükümlülüğü kapsamında Başkanın Kongre tarafından talep edilen diğer hususlarda da bilgi sağlaması gereklidir¹¹¹. Böylece Başkana ön danışma yükümlülüğünün yanı sıra silahlı kuvvet gönderme tercihinin siyasi ve hukuki dayanaklarını, kapsam ve süreyi raporlama yükümlülüğü getirilmiştir¹¹². Başkan bu yükümlülüğünü madde kapsamına alınan durum sona erece kadar en az her altı ayda bir düzenlenecek raporlarla yerine getirmelidir¹¹³. Başkanın raporunu sunduğu ya da sunması gerektiği tarihten itibaren 60 gün içerisinde Kongre savaş ilan etmez veya silahlı kuvvetlerin

¹⁰⁷ Oder (n 1) 433.

¹⁰⁸ The War Powers Resolution, Alfred M. Landon Lectures on Public Issues Delivered by Gerald R. Ford Kansas State University Manhattan, Kansas Monday, February 20, 1978, <<https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/speeches/780220.asp>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

¹⁰⁹ Oder (n 1) 439.

¹¹⁰ The War Powers Resolution Sec 4 (a).

¹¹¹ Sec 4 (b).

¹¹² Oder (n 1) 434.

¹¹³ Sec 4 (c).

kullanılmasına ilişkin yetkilendirme yapmazsa ya da 60 günlük süreç kanunla uzatılmazsa ABD'ye yönelik bir silahlı kuvvet kullanımı sonucunda fiziksel olarak bir engel bulunmadıkça kuvvet kullanımının sona ermesi gerekecektir¹¹⁴.

Karar'da belirtilen önemli durumlardan biri de Kongre, silahlı kuvvetlerin yurtdışındaki çatışmalarda savaş ilanı ya da kanun niteliğinde bir işlem olmaksızın kullanılması halinde kuvvetlerin geri çekilmesini her zaman isteyebilmesidir¹¹⁵. Karar, silahlı kuvvetlerin geri çekilmesini isteme işleminin ortak kararlar değil, kesişen kararlar (concurrent resolution) yapılmasını öngörmektedir. Kesişen kararlar, kanun niteliğinde işlemler kategorisinde yer almayıp, Başkanın onayına sunulmazlar. Bu kararlar, sadece yasama organını bağlayan ve özerk düzenleme alanına özgü olduklarından kanun niteliği taşımazlar. Kanun niteliğinde olmadığından Başkanın imza ve onayına sunulmayan bu karar usulü geri çekilmeye Kongre'yi tek yetkili hale getirmekte bu açıdan da Anayasaya uygunluğu tartışılmaktadır¹¹⁶. Başkan Nixon, geri çekilmeye ilişkin düzenlemenin Kongre'nin herhangi bir işlem yapmaması halinde dahi silahlı kuvvetlerin geri çekilmesini sağladığını belirtmektedir. Ona göre, Kongre'nin açık bir işlemi olmaksızın geri çekilmeyi olanaklı hale getiren bu düzenleme Başkanın başkomutanlık yetkisine getirilen bir sınırlama mahiyetindeydi¹¹⁷.

Karar'da yer alan bir diğer husus, silahlı kuvvetlerin yurt dışında silahlı çatışmalara girmesine yönelik Kongre tarafından özel bir yetkilendirme olmaksızın bütçe kanunu da dahil herhangi bir kanun ya da uluslararası antlaşma hükmü gerekçe gösterilerek silahlı kuvvetlerin kullanılmamasının mümkün olmadığı öngörülmüştür¹¹⁸.

Uygulamada nadir de olsa Karar'da belirtilen düzenlemeler doğrultusunda Başkanın Kongre'den onay alma işlemini gerçekleştirdikten sonra silahlı kuvvet kullanılmasına karar verildiği görülmektedir. 2001-2022 yıllarında gerçekleştirilen Afganistan ve Irak müdahalelerinde Kongre silahlı kuvvetlerin kullanılmasına onay vermiştir. 11 Eylül saldırıları sonrasında Kongre almış olduğu 23 sayılı Ortak Karar; Başkan'a "11 Eylül saldırılarını düzenleyen, planlayan, saldırı emrini veren, saldırıya yardım veya bunları yapan kişi ve örgütleri barındıran ülkeler, örgütler

¹¹⁴ Sec 5 (b).

¹¹⁵ Sec 5 (c).

¹¹⁶ John Hart Ely, *War and Responsibility, Constitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath* (Princeton 1993) 119; Ronald Rotunda, *Fixing the War Powers Act*, Heritage Lecture No. 529 (1995) The Heritage Foundation 3.

¹¹⁷ Gerald Gunther, *Constitutional Law* (Oxford University Press 1991) 367.

¹¹⁸ Sec 8 (a).

ve kişilere” karşı ve Başkan’ın “gerekli ve uygun gördüğü her türlü kuvveti” kullanma konusunda yetki vermiştir¹¹⁹. Kararın saldırıya ilişkin tüm eylemler ve kişiler bakımından geniş bir çerçeve çizdiği görülmektedir. Bu açıdan kuvvet kullanılacak unsurlar hakkında Başkan’a takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. 23 sayılı karar, bir savaş ilanı içermemesine rağmen, silahlı kuvvet kullanma yetkisini Başkan’a vermiştir. Bu karar, Anayasa’da açıkça öngörülmeleyen ancak Savaş Yetkileri Kararının uygulaması şeklinde ve kanun niteliğinde spesifik bir işlemdir¹²⁰.

D. Silahlı Kuvvetlerin Uluslararası Örgüt Kararlarına Dayanarak Görevlendirilmesi

ABD’de silahlı kuvvet kullanımına ilişkin doktrinde eleştirilen hususlardan biri de Kongre’nin onayı alınmadan BM Güvenlik Konseyi kararına dayanılarak askeri birliklerin görevlendirilmesidir¹²¹. Bu uygulama başkanlara silahlı kuvvetleri Kongre’nin onayı alınmadan yabancı ülkelerdeki çatışmalara müdahil edebilme imkanı tanımıştır. BM İştirak Kanunu’nun 6. bölümünde Başkana, Kongre’nin bir kanunla ya da müşterek kararlar alınacak onaya tabi olması şartıyla Güvenlik Konseyi çağrısı üzerine BM Antlaşması’nın 43. maddesi¹²² uyarınca uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına katkıda bulunmak için Güvenlik Konseyi’ne gerekli silahlı kuvvetleri ve geçit hakkını da içine almak üzere her türlü yardım ve kolaylığı sağlayacak özel antlaşma veya antlaşmalar yapma yetkisi tanınmıştır. Bu antlaşma ya da antlaşmalarda kuvvetlerin sayısı, niteliği hazırlık derecesi ve genel mevkileri ile sağlanacak kolaylık ve yardımın niteliği belirlenecektir¹²³. Bu düzenleme, BM Güvenlik Konseyi çağrısı üzerine gerçekleştirilen silahlı kuvvet kullanımında dahi Kongre’nin rızasını almayı gerekli görmektedir. ABD Anayasasında Kongre’ye savaş ilan etme yetkisini tanıyan 1. madde ile BM Antlaşmasının 43. maddesinde yer alan Güvenlik Konseyi ile antlaşma imzalayan devletlerin her birinin anayasası gereğince onaylanması gerektiği hükümleri

¹¹⁹ U.S Joint Resolution, PUBLIC LAW 107-40-SEPT. 18, 2001, <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ40/PLAW-107publ40.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2023.

¹²⁰ Oder (n 1) 426.

¹²¹ Cüneyt Yüksel, Kaan Erdoğan, ‘Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı’nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri’ (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 293,323.

¹²² BM Antlaşması <<https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

¹²³ United Nations Participation Act of 1945 <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1090/pdf/COMPS-1090.pdf>> 22 U.S.C. 287d Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

birlikte ele alındığında mevcut düzenlemenin hem anayasa hem de BM Antlaşması ile öngörülen usule uygun olduğu dikkat çekmektedir¹²⁴. Başkanın silahlı kuvvet kullanımına Kongre onayı getiren 6. bölüme rağmen BM İştirak Kanunu 7. bölümünde başkana, BM'nin işbirliğine dayalı eylem talebi üzerine ulusal çıkarlarla tutarlı olduğu ölçüde, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü için silahlı kuvvetleri görevlendirmesine imkan tanımıştır. Ancak bu görevlendirmelerin savaş dışı gözlem, koruma ve muharip olmayan bir kapasitede yapılacak hizmetlerden ibaret olduğu ifade edilmiştir¹²⁵.

Savaş Yetkileri Kararı'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren silahlı kuvvetlerin kullanıldığı az sayıda olayda Kongre'nin kanun niteliğinde özgül bir işlemine dayandığı görülmektedir. Kongre onayı alınmadan başkanların silahlı kuvvet kullanımına karar verdiği örneklere rastlamak mümkündür. 1950'de Kore'de gerçekleştirilen silahlı kuvvet kullanımına ilişkin karar BM Güvenlik Konseyi kararına dayandırılmıştır. Benzer gerekçe Bill Clinton, George H. W. Bush ve Barack Obama dönemlerinde de askeri güç kullanımına dayanak olarak gösterilmiştir¹²⁶. Başkan Bush döneminde Saddam Hüseyin'in Kuveyt'i işgal etmesi üzerine ABD silahlı kuvvetlerinin yurt dışında görevlendirilmesi sürecinde Kongre'den onay almaksızın sürecin devam ettirildiği gözlenmiştir¹²⁷. Bu süreç hakkında dönemin Savunma Bakanı Cheney, BM Antlaşmasınının 7. Bölümü kapsamında Başkanın mevcut yetkileri içinde bölgede güvenliğin ve uluslararası barışın sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu¹²⁸ bunun için ayrıca Kongre'den izin alınmasına gerek duyulmadığını ifade etmiştir¹²⁹. Benzer şekilde BM bünyesinde gerçekleştirilen silahlı kuvvet kullanımının savaş ilanından ziyade bir polis faaliyeti olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu doğrultuda BM Güvenlik Konseyi kararı bulunduğu hallerde taraf devletlerin parlamentoları tarafından yetkilendirilinceye kadar kararın ertelenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁰.

¹²⁴ Yüksel, Erdoğan (n 121) 324.

¹²⁵ United Nations Participation Act of 1945, 22 U.S.C. 287/d-1.

¹²⁶ Fisher (n 85) 324-325.

¹²⁷ Fisher (n 85) 351-353.

¹²⁸ UNSC, Res 678 (29 Nov. 1990) UN Doc S/RES/678.

¹²⁹ Committee on Armed Srvices, Crisis in the Gulf Region: US Policy Options and Implications, Hearings Before the Committee on Armed Services United States Senate, One Hundred First Congress, Second Session (US Government Printing Office 1990) 701.

¹³⁰ Thomas M. Franck, 'Declare War? Congress Can't' (1990) The New York Times 1990 <<https://www.nytimes.com/1990/12/11/opinion/declare-war-congress-cant.html>> Erişim Tarihi 18 Mart 2023.

Başkan Clinton tarafından Yugoslavya'ya, Başkan Obama tarafından ise Libya'ya yöneltilen askeri operasyonlarda da Kongre'den yetki alınmamış olmasına rağmen söz konusu müdahalelerin NATO üzerinden gerçekleştirilmiş olması Kuzey Atlantik Antlaşmasının da benzer şekilde değerlendirildiğini göstermiştir. Doktrinde sıkça ele alınan bu husus, uluslararası güvenlik antlaşmalarının Kongre'ye tanınmış bir yetkiyi Başkana devredemeyeceği ve askeri müdahalelerin aslında ülkeye yönelik bir saldırıyı önleme amacı taşımadığı gerekçeleriyle eleştirilere maruz kalmıştır¹³¹. Bu açıdan Başkanın bir yürürlük antlaşmasına yahut Senato'nun üçte iki çoğunluğu tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiş bir uluslararası antlaşmaya dayanarak silahlı kuvvet kullanılması karar vermesinin mevcut yasal düzenlemelere aykırı olduğu ileri sürülmektedir¹³².

E. Yargısal Denetim Meselesi

Savaş Yetkileri Kararı'nda öngörülen usullere aykırı biçimde hareket eden başkanların silahlı kuvvet kullanımı kararlarının ABD hukukunda zaman zaman yargı denetimine konu olduğu gözlenmektedir. Bu örneklerden biri Başkan Bush 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgali karşısında Arabistan'a silahlı kuvvetlerin gönderilmesi kararını Kongre onayı olmadan başkomutanlık yetkisine dayanarak almıştır. Silahlı kuvvetlerin Basra Körfezi'ne ilerleme kararı aldığı anda bazı Kongre üyeleri Başkan'ın yetkilerini aştığını ve bunun için Kongre'nin savaş ilanı etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Kongre herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Bunun yanı sıra bazı Kongre üyeleri Columbia Mahkemesinde Başkan'a karşı bir dava açmışlardır. Başkan'ın Kongre onayı olmadan silahlı kuvvet kullanmasını önlemek istemişlerdir. Doktrinde Kongre'nin izni olmaksızın silahlı kuvvet kullanımının yargı denetimine konu olabilecek hukuksal bir mesele olduğu üzerinde durulmuştur¹³³. Mahkeme, sorunun çözümü bakımından Kongre'nin yetkili olduğunu ve Kongre yetkilerini kullanmadığından davada karar verilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. 1991'de Kongre'nin her iki kanadı BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan karara da dayanarak Başkan'a silahlı kuvvet kullanma iznini vermiş ve sorun çözüme kavuşturulmuştur¹³⁴.

Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararının yargısal denetime konu olduğu bir başka örnek Kosova müdahalesidir. Bu müdahale, Columbia Bölge Mahkemesi, Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme önünde

¹³¹ Fisher (n 85) 333-334.

¹³² Fisher (n 85) 329-331.

¹³³ Gunther (n 117) 368.

¹³⁴ Gunther (n 117) 368.

tartışılmış pek çok sorunu barındıran bir müdahaledir. NATO çerçevesinde yürütülen Kosova müdahalesinde Başkan Clinton silahlı kuvvet kullanma kararı almış ve bu durumu Kongre'ye bildirmiştir¹³⁵. ABD hava kuvvetleri NATO kararıyla hava saldırıları durduruluncaya kadar askeri operasyonda aktif rol oynamıştır. Burada esas sorun 24 Mart-20 Haziran tarihleri arasında ABD silahlı kuvvetlerinin Kongre'nin izni veya savaş ilanı olmaksızın çatışmalara katılması ve bu gibi durumlarda Savaş Yetkileri Kararı geri çekilmeyi öngörmesine rağmen silahlı kuvvetlerin geri çekilmesi kararının alınmaması idi. Aslında bu olayda Senato aldığı bir kararla hava kuvvetlerinin kullanılmasına destek vermişti ancak bu karar sadece Senatoyu bağlamakta zira Temsilciler Meclisinde savaş ilanına ilişkin öneri reddedilmiş ve kanun niteliğinde özgül bir işlemle kuvvet kullanımını onaylamamıştı. Temsilciler Meclisi aynı tarihte kuvvetlerin geri çekilmesine ilişkin öneriyi de reddetmişti. Buna rağmen Kongre'nin her iki kanadı Kosova müdahalesinde kullanılmak üzere Başkanın acil ek ödenek talebine ilişkin kanun tasarısını onaylamışlardır. Bunun ardından Başkan Clinton aleyhine Columbia Bölge Mahkemesi'nde dava açılmış 60 günlük süre sonunda silahlı kuvvetleri geri çekmeyen Başkan'ın Karar'da belirtilen usule ve erkler ayrılığı ilkesine aykırı davrandığını ileri sürmüşlerdir¹³⁶. Bölge Mahkemesi, Kongre üyelerinin taraf ehliyeti olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Mahkeme, Kongre'nin bir yandan kuvvet kullanma iznini ve savaş ilanını reddederken diğer yandan kuvvetlerin geri çekilmesi önerisini reddedip, kuvvet kullanımının mali desteğini onaylamak suretiyle çelişkili bir tutum sergilediğini ifade etmiştir. Silahlı kuvvetlerin geri çekilmesinin reddedilmesi ve mali desteğin onaylanması Kongre'nin kuvvet kullanımına izin veren kanun niteliğinde özgül işlemi yerine geçmemektedir. Bununla birlikte kuvvet kullanımının Kongre tarafından dolaylı biçimde kabullenilmesi anlamına gelen bu durum, Kongre üyelerinin taraf ehliyetini ortadan kaldırmaktadır. Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin bu kararını onamış, Yüksek Mahkeme ise Kongre'nin kuvvet kullanımına izin veren veya onu açıkça reddeden bir işlemi olmadığından Başkan ile Kongre arasında gerçek bir uyuşmazlıktan bahsedilemeyeceğini ifade ederek başvuruyu reddetmiştir¹³⁷.

¹³⁵ Richard F. Grimmet, War Powers Resolution: Presidential Compliance (CRS Report for Congress Foreign Affairs, Defense and Trade Division 11 September 11 2001) 4.

¹³⁶ U.S. District Court for the District of Columbia, Campbell v. Clinton, 52 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1999), June 8, 1999 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/52/34/2522389/>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.

¹³⁷ Grimmet (n 135) 5-6.

SONUÇ

Ulusal hukuk düzenlerinde silahlı kuvvetlerin kullanılması kararının alınması ve uygulanmasında devlet organları arasındaki yetki paylaşımı sorunlu bir alan teşkil eder. Başkanlık sisteminin iki önemli örneğini teşkil eden ABD ve Türk hukukunda Başkanın sistem içindeki güçlü varlığı silahlı kuvvetlerin kullanılması kararının alınması bakımından yasama organına tanınan yetkiyle dengelenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararı yasama organının onayına bağlanmıştır. ABD hukukunda kanun niteliğinde özgül bir işlemle verilen izin kararının Türk hukukunda Meclisin hangi tür işlemi ile alınacağı belirsizdir. Uygulamadaki örnekleri izin kararının Meclis kararı biçiminde olduğunu göstermekle birlikte vatandaşın hukukunu ilgilendiren bu tür kararların kanun biçiminde alınması daha doğru bir tercih olacaktır.

Silahlı kuvvetlerin kullanılmasında yasama organının onayını gerekli kılan düzenlemeler bir yandan da Başkanın başkomutanlık sıfatından kaynaklanan yetkilerinin de göz ardı edilmediğini göstermektedir. Yasama ve yürütme arasında kurulmaya çalışılan denge, ABD’de uygulamalarla Başkan lehine gelişmiş, çoğu zaman başkomutanlık yetkilerine ve uluslararası örgüt kararlarına dayanan Başkan Kongre onayı olmadan silahlı kuvvet kullanma kararı alabilmiştir. Buna karşılık Türk hukukunda Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararının Meclis onayına dayandığı örnekler dikkat çekmektedir. Meclisin silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin verirken kapsam ve sürenin belirlenmesini yürütmenin teknik ve uzmanlık bilgisine dayanarak yürütmeye bırakması gerekir.

Silahlı kuvvetlerin kullanılmasına ilişkin değinilmesi gereken bir husus da silahlı kuvvet kullanma kararının yargısal denetiminin mümkün olup olmayacağı meselesidir. Doktrinde bazı görüşlerin silahlı kuvvet kullanma kararının siyasi yönü ağır basan dış politikanın yürütülmesi ile ilgili bir karar olması neticesinde hükümet tasarrufu olarak nitelendirmesi bu kararın denetlenmesi noktasında bir zafiyet oluşturmakta idi. Bu noktada ABD hukukundaki örnekler de göz önünde bulundurulduğunda Başkanın silahlı kuvvet kullanma kararının yargı denetimine açık olması gerektiği ifade edilebilir. Söz konusu denetimin kararın uluslararası meşruiyet ölçütleri, Anayasal ve kanuni düzenlemeler ile Meclis kararına uygunluğu açısından hukukilik denetimi kapsamında kabul edilmesi mümkün olabilecektir. Bunun için de silahlı kuvvetlerin kullanılmasında yasama ve yürütme arasında yetki dağılımının sınırlarının net biçimde ulusal düzenlemeler tarafından belirlenmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

- Ackerman B, *The Decline and Fall of American Republic* (The Belknap Press of Harvard University 2010)
- Aslan Y, 'Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Uluslararası Askeri Müdahalelerde Görevlendirilmesinin İç Hukuktaki Dayanakları' (2015) 3(5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-220
- *Savaş Hukuku ve Angajman Kuralları* (Bilge Yayınevi 2016)
- Bakırcı F, Kılıncı A, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 'Süreklilik İlkesi Çerçevesinde 'Ara Verme' ve 'Tatil' Üzerine' (2021) 12(45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 155-190
- Beyoğlu C Ü, *Türk Anayasa Hukukunda Silahlı Kuvvet Kullanma ve Savaş İlan Etme Yetkisi*, (Seçkin Yayınları 2022)
- Committee on Armed Service, *Crisis in the Gulf Region: US Policy Options and Implications*, Hearings Before the Committee on Armed Services United States Senate, One Hundred First Congress, Second Session (US Government Printing Office 1990)
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2011)
- Çopur O, 'Anayasa Hukukunda Savaş Hali' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006)
- 'Anayasanın 92'nci Maddesine Göre Silahlı Kuvvet Kullanılması' (2013) C. 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391 (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan) 1389-1413
- Denk E, *Silahlı Kuvvet Kullanımıyla İlgili TBMM Kararları* (Siyasal Kitabevi 2012)
- Dikmen- Caniklioğlu M, 'Ulusal ve Uluslararası Hukuk Işığında Türkiye'nin 2003 Tezkere Serüvenine İlişkin Görüşler-Düşünceler' (2007) 9(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-98
- Elsea J K, 'Defense Primer: President's Constitutional Authority with Regard to the Armed Forces', Congressional Research Service, 2020
- 'Exhuming the Seemingly Moribund Declaration of War' (2008) 77(1) The George Washington Law Review 89-140
- *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler* (Siyasal Kitabevi 1993)
- *The Living Presidency: An Originalist Argument Against its Ever-Expanding Powers* (The Belknap Press of Harvard University Press 2020)
- *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınları 2021)
- Ely J H, *War and Responsibility, Constitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath* (Princeton 1993)
- Erdil K, 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Düzeninde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Sınır Ötesi Operasyonlarda Kullanılması' (2001) 59(4) Ankara Barosu Dergisi 83-96

- Erdoğan M, 'Silahlı Kuvvetlerin Türk Anayasa Düzeni İçindeki Yeri' (1990) 45(1) AÜSBF Dergisi 309-334
- Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2022)
- Erol Ö E, 'Hukuk Devleti İlkesi Işığında Hükümet Tasarrufları Teorisi ve Yargısal Denetimi' (2013) 13(2) Kamu Hukuku Arşivi 81-89
- Fisher L, *The Law of the Executive Branch: Presidential Power* (Oxford University Press 2015)
- Gözler K, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019)
- Gözübüyük Ş, *Anayasa Hukuku* (Turhan Kitabevi 2013)
- Gözübüyük Ş, Tan T, *İdare Hukuku C. 2 İdarî Yargılama Hukuku* (Turhan Kitabevi 2017)
- Grimmet R F, War Powers Resolution: Presidential Compliance (CRS Report for Congress Foreign Affairs, Defense and Trade Division 11 September 11 2001)
- Grossman J B, Wells R S, *Constitutional Law and Judicial Policy Making* (3rd ed. New York Press 1988)
- Gunther G, *Constitutional Law* (Oxford University Press 1991)
- İba Ş, Söyler Y, 'Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 195-223
- İzgi Ö, Gören Z, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu* (TBMM Basımevi 2006)
- Kanadoğlu K, 'Silahlı Kuvvetlerin Kullanımının Parlamento Tarafından Denetimi', *Bilgi Toplumunda Hukuk* (2003) C. 2 (Ünal Tekinalp' e Armağan) 413-421
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2011)
- Kommers D P, Finn J, Jacopsohn G, Thomas G ve Dyer J, *American Constitutional Law, Governmental Powers and Democracy* (West Academic Publishing 2018)
- Oder B E, 'Silahlı Kuvvet Gönderme ve Kullanma Bakımından Amerikan Anayasa Hukukunda Yasama-Yürütme İlişkileri ve Türkiye' (2003) C. 3 (Ünal Tekinalp'e Armağan) 423-455
- Özdemir Y, 'Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi' (2021) 29(4) SÜHFD 3211-3256
- Öztürk K, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. 2* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1996)
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan Kitabevi 2022)
- Powell J H, 'The President's Authority over Foreign Affairs: An Executive Branch Perspective' (1998) *The George Washington Law Review* 527-576

- Prakash S, 'Unleashing the Dog of War: What the Constitution Means by "Declare War"' (2007) 93(1) Cornell Law Review 45-122
- Prakash S, 'Exhuming the Seemingly Moribund Declaration of War' (2008) 77(1) The George Washington Law Review 89-140
- Prakash S, *The Living Presidency: An Originalist Argument Against its Ever-Expanding Powers* (The Belknap Press of Harvard University Press 2020)
- Rotunda R, *Fixing the War Powers Act*, Heritage Lecture No. 529 (1995) The Heritage Foundation 3
- Sarıca R, 'Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları' (1942) 8(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası s. 457-472
- Soysal M, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (Gerçek Yayınevi 1997)
- *Dış Politika ve Parlamento* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1964)
- Tanör B, 'Türkiye'de Dış İlişkilerin İç Hukuk Rejimi' in Faruk Sönmezoğlu (der), *Türk Dış Politikasının Analizi* (2. Baskı, Der Yayınları 2004)
- Tanör B, Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2020)
- Teziç E, 'Parlamento Kararı ve Kanun' (1988) 5 Anayasa Yargısı Dergisi 121-130
- *Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Beta Yayınları 2021)
- Yüksel C, Erdoğan K, 'Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 293-332

İnternet Kaynakları

- BM Antlaşması, <<https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2023.
- Ergun Özbudun, "İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1961) 18(4) s. 333-372 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637646>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.
- The Constitution of the United States, <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>> Erişim Tarihi 9 Mart 2023.
- The North Atlantic Treaty Washington D.C.- 4 April 1949 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17120.htm> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023.
- The War Powers Resolution, Alfred M. Landon Lectures on Public Issues Delivered by Gerald R. Ford Kansas State University Manhattan, Kansas Monday, February 20, 1978 <<https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/speeches/780220.asp>,> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

- The War Powers Resolution: Concepts and Practice, Congressional Research Service, Sec 2(a) <<https://sgp.fas.org/crs/natsec/R42699.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2023.
- Thomas M. Franck, "Declare War? Congress Can't", *The New York Times*, 1990 <<https://www.nytimes.com/1990/12/11/opinion/declare-war-congress-cant.html>> Erişim Tarihi 18 Mart 2023.
- U.S. Joint Resolution, PUBLIC LAW 107-40-SEPT. 18, 2001 <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ40/PLAW-107publ40.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2023.
- U.S. District Court for the District of Columbia, Campbell v. Clinton, 52 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1999), June 8, 1999 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-co-urts/FSupp2/52/34/2522389/>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.
- U.S. Supreme Court, Chicago & S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp., 333 U.S. 103, 109 (1948) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/103/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2023.
- U.S. Supreme Court, Johnson & Eisentrager, 339 U.S. 763, 789 (1950) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/763/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2023.
- U.S. Supreme Court, Prize Cases, 67 U.S. 635, 668 (1863) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2023.
- United Nations Participation Act of 1945 <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1090/pdf/COMPS-1090.pdf>> 22 U.S.C. 287d Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

Mahkeme Kararları

- AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para II/B (4) <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.
- AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.
- AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para II <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.
- AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990, para 91 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?EsasNo=1990%2F31&KararTarihilk=24%2F09%2F1990>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023.
- AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/09/1990 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?KelimeAra%5B0%5D=TBMM%20karar%C4%B1&page=2>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2023.
- AYM, E.2001/424, K.2001/354, 22/11/2001 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2001/354?EsasNo=2001%2F424>> Erişim Tarihi 2 Mart 2023

TBMM Kararları

- 27 Haziran 2006 tarihli, 876 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar876.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 27 Kasım 1950 tarihli, 1701 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc033/karartbmmc033/karartbmmc03301701.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.
- 4 Aralık 1950 tarihli, 1703 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc033/karartbmmc033/karartbmmc03301703.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.
- 16 Mart 1964 tarihli, 93 sayılı Kıbrıs'a Türk Silahlı Kuvvetlerinin gönderilmesine izin verilmesi hakkında Meclis kararı için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arxiv/11659.pdf>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 17 Kasım 1967 tarihli, 148 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine izin verilmesine dair Meclis kararı için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/t07/c007/tbmm07007002.pdf>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 20 Temmuz 1974 tarihli, 303 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine izin verilmesi hakkında Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc057/karartbmmc057/karartbmmc05700303.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 12 Ağustos 1990 tarihli, 107 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/karartbmmc073/karartbmmc07300107.pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.
- 5 Eylül 1990 tarihli 108 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar108.html> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.
- 17 Ocak 1991 tarihli 126 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar126.html> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023.
- 8 Aralık 1992 tarihli, 205 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar205.html> Erişim Tarihi 21 Şubat 2023.
- 8 Aralık 1992 tarihli, 204 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar204.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 25 Aralık 1996 tarihli, 477 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000477.pdf> Erişim Tarihi 20 Tarih 2023.
- 20 Şubat 1997 tarihli, 487 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000487.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

- 10 Nisan 1997 tarihli, 492 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/karartbmmc080/karartbmmc08000492.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 24 Temmuz 1998 tarihli, 587 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc081/karartbmmc081/karartbmmc08100587.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 8 Ekim 1998 tarihli, 596 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar596.html> Erişim Tarihi 21 Şubat 2023.
- 10 Ekim 2001 tarihli, 722 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/karartbmmc086/karartbmmc08600722.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 5 Eylül 2006 tarihli 880 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar880.html> 880 sayılı sayılı karar ile verilen yetkinin uzatılmasında dair 892, 925, 940, 969, 996, 1023, 1045, 1094, 1115, 1201, 1233 ve 1264 sayılı Meclis kararları için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_kararlari_gd.sorgu_baslangic> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 24 Mart 2011 tarihli, 988 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar988.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 20 Kasım 2014 tarihli, 1076 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1076.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 2 Ocak 2020 tarihli, 1238 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1238.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 17 Kasım 2020 tarihli, 1272 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1272.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.
- 22 Aralık 2020 tarihli, 1273 sayılı Meclis kararı için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1273.html> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

Koloniden Devlete: Yerleşim Koloniciliği Ekseninde Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinin Devlet Haline Gelme Süreci^(*)

Arş. Gör. Dr. Burak ERECE^(**)

Öz

Bu makale çalışması, Amerika'nın keşfinden sonra kıtanın kuzeyine İngiltere'den gelerek gerçekleştirilen yerleşimler sonucunda kurulan kolonilerin devlet olma vasfını kazanma sürecine odaklanmaktadır. XVII. yüzyılın başlarından itibaren ilk yerleşimlerin yapılmaya başlanmasıyla Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nın ertesinde kolonilerin bağımsızlığını kazanması arasındaki dönem içerisinde kolonilerin neden ve nasıl kurulduğu; sosyal, ekonomik, hukuki ve siyasi anlamda hangi yapıya kavuştuğu; İngiltere ile olan ilişkileri ve bağımsızlık fikrine yönelme sebepleri yerleşim koloniciliği kavramı etrafında ele alınmaktadır. Bu kapsamda keşfe bağlı olarak ortaya çıkan uluslararası hukukun dikkat çeken yönleri, metropol ile uzak koloniler arasındaki bağın hukuki ve siyasi mahiyeti, yerleşim koloniciliğinin özellikleri ve egemenlik kavramıyla ilişkisi Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonileri örneği üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Koloni, Yerleşim Koloniciliği, Egemenlik, Amerikan Bağımsızlık Savaşı.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih](#): 04.12.2023 - [Kabul Edildiği Tarih](#): 07.12.2023.

[Atıf Şekli](#): Burak Erece, 'Koloniden Devlete: Yerleşim Koloniciliği Ekseninde Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinin Devlet Haline Gelme Süreci' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 995, 1047.

[DOI](#): 10.52273/sduhfd..1400199.

Bu makale, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı'nı tamamlamak için hazırladığım "*Denizşırı Sömürge İmparatorluklarında Egemenlik Sorunu*" adlı tez çalışmamın istinat ederek hazırlanmıştır. Tez çalışması aynı isimle kitap halinde yayımlanmıştır. Bkz.: Burak Erece, *Denizşırı Sömürge İmparatorluklarında Egemenlik Sorunu* (Yetkin 2023).

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

[E-posta](mailto:burakerece@sdu.edu.tr): burakerece@sdu.edu.tr.

[Orcid](http://orcid.org/0000-0002-2587-9838): <http://orcid.org/0000-0002-2587-9838>.



From Colony to State: The Process of the English Colonies in North America Becoming States in the Context of Settler Colonialism

Abstract

This article examines the colonies in North America, which were established as a result of settlements from England following the discovery of America, and their progression towards gaining statehood. Beginning from the early 17th century with the establishment of the first settlements to the period following the American Revolutionary War when the colonies achieved independence, this study examines why and how the colonies were established; the social, economic, legal, and political structures they developed; their relationships with England; and the reasons for their shift towards the idea of independence, within the framework of settler colonialism. In this context, the study aims to explain the notable aspects of international law that emerged due to the discovery, the legal and political nature of the bond between the metropolis and distant colonies, the characteristics of settler colonialism and its relation to the concept of sovereignty, using the example of the British colonies in North America.

Keywords

Colony, Settler Colonialism, Sovereignty, American War of Independence.

Extended Summary

The founding process of the United States of America and the federal constitution that completed this process are remarkable and pioneering in many respects. In this process, Modern Age democratic views such as social contract, popular sovereignty, immunity of innate human rights, limitation of state power, separation of different bodies and keeping them in balance, and handling regional differences in an autonomy compatible with the central authority began to be concretely implemented. The application of European ideas by Europeans outside Europe may be considered as a result of a process called settler colonialism.

Europe, which was in economic and political crisis before the Modern Age, found a new opportunity to realize a new initiative with the Renaissance, Reformation, rationality and geographical discoveries. New trade routes provided access to the riches of Asia, and bases in Africa and America served as bridges to explore the possibilities of these new regions. In this process, thanks to advances in weapons, compasses, cartography and navigation, worldwide commercial connections were established, and European monarchies turned to gaining competitive advantage and increasing their profits through colonialism. In this process, indigenous peoples were forced to serve the interests of Europeans with their resources, labor and lands. As an alternative to this, settler colonialism played an important role. People who migrated or were sent to geographies far from imperial centers established new settlements where they went, serving the purposes of the metropolis and seeking relief from oppression or a better life. In this process, a social, economic, legal, administrative and political order was established in the colonies, and the settlers gained a new identity for themselves. The British presence in North America was an example of settler colonialism. This approach aimed to purify the natives and transform the region. The British engaged in extermination and sweeping activities against the indigenous peoples and brought their colonies into line with the British order. Native labor was replaced by slaves brought from Africa. Thus, settlements replicating England were created and settler identity was developed.

After the discovery of America, British interest in the monarchy increased with the influence of writers, scholars, and supporters of imperial expansion. The continent was seen as a place where a new, more just order was possible. Philosophers such as *John Locke* developed ideas to justify settlement. Geographers, mathematicians and historians worked to strengthen England's imperial arguments. The discovery created new problems as France, the Netherlands and England became involved in the regions shared by Spain and Portugal by the Papacy. With the "*doctrine of discovery*", control and authority was granted in non-Christian regions by the discovering power. While Europeans gained rights in the regions they discovered, the rights of the natives were ignored.

The British came to the North America for trade purposes but aimed to stay permanent. Using technological advantages, they fought against the natives and expanded into the interior. Many people escaping from poverty and oppression in England immigrated to America. These migrations, carried out with royal charters, provided the immigrants

with a legal basis, order and stability. Immigrants brought their legal, political and religious traditions with them. The settlers, who remained loyal to England, came to the fore with their own institutions, creating thirteen colonies. Governors and assemblies appointed by the king gave the colonies the power to govern themselves.

Settler colonialism, unlike migration, involves settlers' efforts to establish their own sovereignty. The settlers turned to the struggle for independence against the sovereignty of the indigenous peoples and the metropolis. In North America, the colonies' objection to Britain's financial pressures after the Seven Years' War was an important turning point. While the colonies argued that taxation should be done by their own assemblies, England claimed that the Parliament had the authority to legislate throughout the empire. This conflict has escalated from low-intensity conflict into a full-scale war. The colonies united in their struggle for independence, declared independence through Congress decisions and fought against England. With the support of the Netherlands and France, the course of the war turned in favor of the settlers, and with the Treaty of Paris in 1783, the defeat of England and the recognition of the independence of the colonies became official. Afterwards, the colonies united politically and established the United States of America and ensured the center-periphery balance of authority with the federation structure. This process shows how the colonies' demands for independence and freedom were protected in harmony.

This study focuses on the statehood process of the colonies formed as a result of the settlements from England to America since the beginning of the XVII. century. In this process, the reasons for the establishment of the colonies, their social, economic, legal and political structures, their relations with England and their orientation towards the idea of independence are examined. In addition, the development of international law related to discovery, the legal and political ties between the metropole and the colonies, the characteristics of settlement colonization and its relationship with the concept of sovereignty are discussed through the example of the British colonies in North America.

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri'nin kuruluş süreci ve bu sürecin bitimini taçlandıran federal anayasa pek çok yönden ele alınmaya değer ve ilkleri barındıran özellikler taşımaktadır. Yeniçağ'a ait demokratik görüşler meyanında, sosyal sözleşme ve egemenliğin halka aidiyeti, insanların doğuştan sahip olduğu doğal haklara dokunulamayacağı, devlet iktidarının sınırlanması ve bunu sağlamak üzere çeşitli organların birbirinden ayrılarak bir denge içerisinde bulunması, bölgesel farklılıkların belirli bir özerklik dairesinde merkezi otoriteyle bağdaştırılması gibi fikirler bu süreçte henüz tazeyken yazılı bir şekilde hayata geçme imkanını yakalamıştır. Avrupa'ya oldukça uzak bir coğrafyada Avrupa'ya ait fikirlerin Avrupalılarınca gerçekleştirilmesi, yerleşim koloniciliği (settler colonialism) olarak tabir edilen kavram ve uygulamanın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Modern çağın doğum sancıları yaşanırken ekonomik ve siyasi anlamda büyük bir sıkışmışlık ve darboğazda bulunan Avrupa milletleri Rönesans, Reform ve rasyonalite ile olduğu kadar coğrafi keşiflerle de bir rahatlama ve açılma evresine geçmiştir. Yeni ticaret yolları Asya'daki zenginliklere ulaşmanın önünü açmış, Afrika ve Amerika'da kurulan üsler Avrupalılarınca pek malum olmayan bu coğrafyaların sunabileceği imkanlar konusunda birer köprü vazifesi görmüştür. Silah, pusula, haritacılık ve gemicilik konusunda seri biçimde gösterilen atılımla birlikte dünyanın en uzak noktaları birbirine ticari bağlarla bağlanmıştır. Merkantilist güdülerle hareket eden Avrupa monarşileri rekabetten geri kalmamak ve kârları istikrarlı bir şekilde artırmak için bu coğrafyalara yoğunlaşmaya ve faaliyetlerini yağma seviyesine çıkarmaya koyulmuştur. Nihayetinde bir sömürgecilik çağı başlamış, yerli halklar varlıklarıyla, emekleriyle ve yurtlarıyla Avrupalıların hizmetine amade kılınmıştır¹.

Bu ölçüsüz sömürünün yanında, kaynakların aktarılması ve verimli şekilde değerlendirilmesi bakımından alternatif teşkil edecek yerleşim koloniciliği de görülmüştür. Emperyal bir merkezden kalabalık kitleler halinde uzak coğrafyalara giden veya gönderilen kimseler, gittikleri yerlerde çeşitli yerleşim merkezleri kurarak metropolün amaçlarına yönelik faaliyete girişmişlerdir. Anavatanlarında hissettikleri baskıdan kurtulmak veya daha müreffeh bir hayata kavuşmak için gerçekleştirdikleri bu göç ile sadece hayallerini ve umutlarını değil içinden çıktıkları toplumun pek çok değerini de beraberlerinde götürmüşlerdir. Kolonileri

¹ Burak Erece, *Denizaşırı Sömürge İmparatorluklarında Egemenlik Sorunu* (Yetkin 2023) 129-131.

ortaya çıkaran bu yerleşimlerde kurulan sosyal, ekonomik, hukuki, idari ve siyasi düzen daimî bir gelişme içerisinde olmuş ve yerleşimcilere kendi benlikleri üzerinde inşa edecekleri yeni bir kimlik kazandırmıştır.

Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonilerinde de görülen ve Amerika Birleşik Devletleri'nin kurulması ile sonuçlanan bu durumun ayrı bir şekilde incelemeye değer yönleri bulunmaktadır. İngiltere'nin Amerika kıtasına olan ilgisi ve bu kıtada yer edinme çabaları, kolonilerin kurulma sebepleri ve kuruluş şekilleri, yerleşimcilerin yerli halklar ve metropol karşısındaki durumu, kolonilerdeki hayatın yerleşimci kimliğinin oluşmasına katkıları, yerleşimcilerin bağımsızlığa olan ihtiyacı ve inancı ile bağımsızlık mücadelesi ağırlıklı olarak kamu hukukunu ilgilendiren yönleriyle ele alınacaktır.

I. KUZAY AMERİKA'DA İNGİLİZ KOLONİZASYONU

Kuzey Amerika'daki kolonilerin kuruluşunda başlıca rolü üstlenecek olan İngilizlerin kıtaya yerleşimleri 1607 yılında Christopher Newport önderliğindeki bir grubun Chesapeake Körfezi'ne inmesi ve bir dizi kulübeyle Jamestown'u kurmasıyla başlamıştır². Daha önceleri 1585'te bölgeye ulaşıp Kraliçe'yi onurlandırmak için "Virginia" adını veren Walter Raleigh'in ardından Newport ve yoldaşları, Virginia adlı şirketlerinin Kral I. James'ten aldığı imtiyazla Amerika'daki İngiliz yerleşiminin önünü açmıştır³. Takvimler 1620'yi gösterirken Massachusetts'e varıp Plymouth'u kuran Püriten'lerin seyahati, yalnızca Britanya adalarından değil Avrupa'nın çeşitli yerlerinden katılımların gerçekleşeceği büyük bir göç dalgasının önünü açmıştır⁴.

² Allan Nevins ve Henry Steele Commager, *ABD Tarihi* (Doğu Batı 2017) 25.

³ Raimond Luraghi, *Sömürgecilik Tarihi* (E 2019) 102; Matthew Crow, 'Atlantic North America from Contact to the Late Nineteenth Century' in Edward Cavanagh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016) 97.

⁴ İngiltere'de Kral'ın Anglikan rahiplerin desteğini alarak mutlak bir hükümet kurma çabaları, tüccarlar, bankacılar ve zanaatkarlardan oluşan Kalvinistler arasında endişeye sebep olmuştur. Kendilerini yozlaşmış saydıkları din adamlarından ayırmak için "Püriten" (puritain, temiz, namuslu) olarak adlandıran bu kimseler başlangıçta Hollanda'ya iltica ettikten sonra Mayflower adlı gemiye binerek Yeni Dünya'ya doğru yola çıkmıştır. Tanrı tarafından özel olarak seçildiklerine inanan ve seyahatlerini İsraililerin Mısır'dan ayrılmasına benzeten Püriten'ler, kendilerine yeni bir hayat ve gittikleri yerde bir "azizler cumhuriyeti" kurmak için Massachusetts'e ayak basmışlardır. Başını çektikleri yolculuk inançlarını yaşama arzusundaki dindarlarla beraber yeni bir hayata adım atmak isteyen kimsesiz ve yoksul bireyleri de kıtaya taşımıştır. O sıralarda Amerika henüz ileride bürüneceği farklı ırkların karışma potası haline gelmemiş ve yerleşimcilerin çoğu İngiliz kökenli olsa da kısa süre içerisinde farklı milletlerin mirasını taşıyan kişiler

İngiliz devletinin kıtaya olan ilgisi göçmenlerinkinden daha eskidir. Amerika'nın 1492'de bir tesadüf sonucu olarak keşfinden itibaren başta altın olmak üzere bölgedeki hazinenin yoğun bir şekilde yağmalanması İspanya, Fransa, İngiltere gibi güçlü donanmalara sahip devletler arasındaki rekabeti ateşlemiş ve ganimeti muhafaza çabaları devlet destekli seferlerin ve korsan faaliyetlerinin artmasına sebep olmuştur. Bu çekişmeli ortamda bir bölgeyi zapt etmiş olan güçler yerlileri göz ardı ederek toprak talebi ve doğal kaynakların kontrolü için kendisine sadık kimseleri yerleştirme yoluna gitmiştir. Özellikle İngilizler "koloni" (colony) olarak adlandırdıkları alanları kurmada ve rakiplere karşı askeri ve ekonomik üstünlük elde etme, nüfus kontrolü, suçluların ve toplumca dışlananların uzaklaştırılması gibi sebeplerle buralara göçü teşvik etmede başarılı olmuştur. Bunun dışında dini azınlıkların göçüne müsaade ederek ülke içerisindeki dini gerilimler azaltılmaya çalışılmıştır. Ancak tüm bunların ötesinde, başlangıçta merkantilist politikaların, daha sonra ise sanayi devriminin desteklenmesi için bu topraklardan gelecek kârlar öncelenmiş, böylece devletin askeri ve ekonomik gücünün artırılması hedeflenmiştir⁵.

ortaya çıkmış ve her grup kendine has gelenekleri ve yaşam şekilleriyle Amerikan kültürünün dokusunu zenginleştirmiştir. Bkz: İlhan Lütem, *Amerikayı Tanıyalım* (Milli Eğitim Basımevi 1966) 8; Luraghi (n 3) 104-105. Zaman içerisinde Amerika'ya göç büyük bir fenomen haline gelmiş ve XVII. yüzyılın başlarından XX. yüzyılın ortalarına kadar yaklaşık yirmi milyon kişi fırsatlardan istifade etmek için Avrupa'dan ayrılarak Amerika'ya gitmiştir. Bkz: Gülay Güngör, *Sömürgeçler 1* (Cinius 2019) 42.

⁵ Rona Aybay, *Genel Kamu Hukuku Devlet (18.-20. Yüzyıl)*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2017) 102-103; Luraghi (n 3) 99. *McCarthy*'e göre XVI. ve XVII. yüzyıllarda, İngilizlerin deniz aşırı seyahatleri çoğunlukla ticari ve dini nedenlerle gerçekleşmiştir. Bu seyahatlere katılanlar arasında tüccarlar, diplomatlar, korsanlar, denizciler, hacılar ve dini baskılardan kaçanlar bulunmuştur. Seyahatlerin çoğu, zevk, merak veya bilgi arayışından ziyade, İngiliz şirketlerinin yoğun faaliyet gösterdiği Avrupa ve Afrika kıyıları gibi iyi bilinen ve kalabalık bölgelere yönelik olmuştur. Genellikle masraflı ve tehlikeli olan bu yolculuklar küçük ahşap gemilerle yapılmış, çiçek hastalığı gibi hastalıklara yakalanma ve korsan saldırılarına maruz kalma riski taşımıştır. Virginia'ya yapılan yolculuklarda ise bu tehlikeler daha da artmıştır. Koloni kurmayı amaçlayanlar, fiziksel güvenliklerini riske atmakla kalmamış, aynı zamanda büyük organizasyonel, finansal, hukuki ve duygusal zorluklarla karşılaşmışlardır. Kolonizasyon süreci basit ticaret görevlerinden çok daha sofistike planlama ve organizasyon gerektirdiği gibi önemli yatırımlar ve anında dönüş ihtimalinin olmaması büyük sabır gerektiren bir durum yaratmıştır. Diğer teşebbüslerden farklı olarak, yerleşimcilerin seçilmesi ve taşınması gibi zorlu görevler yanında, faaliyetin istikrarlı bir şekilde devamını sağlamak büyük önem arz etmiş ve yerleşimcilerden olağanüstü bir cesaret ve dayanıklılık beklenmiştir. Bkz: Finbarr McCarthy, 'Participatory Government and Communal Property: Two Radical Concepts in The Virginia Charter of 1606' (1993/1995) 28/30 *Irish Jurist* 270, 271-272.

A. Koloni ve Yerleşim Koloniciliği Kavramları

Koloniciliğin (colonialism) kökünde yer alan koloni (colony) kavramı⁶, yerleşmek, çiftçilik yapmak ve büyümeyi teşvik etmek gibi anlamlara sahip olan Latince “*colere*” fiilinden türemiştir. Tarihte Roma’nın genişlemesi ve Roma kolonilerinin kurulması fikriyle yakından bağlantılı olarak, geleneksel anlamı yerleşimcilerin anavatanlarının dışında kurmuş oldukları yerleşim yerlerini ifade etmektedir ve fetih veya uzaktan yönetim ile ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla koloni kurma süreci başlangıçta göç etme, yerleşme ve ardından yeni yerleşim alanını dönüştürme eylemini ifade etmiştir⁷. Zamanla anlamı genişleyerek “*plantasyon*” kelimesiyle eş anlamlı olacak şekilde uzak bölgelere tarım yapmak amacıyla göç etmenin yanı sıra bir devletin siyasi iktidarı veya kontrolü altındaki tüm uzak alanları ifade eder haline gelmiştir⁸.

Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerinin önemli bir örneğini teşkil ettiği yerleşim koloniciliği (settler colonialism) bir yeri kontrol altına alıp orada yaşayan insanları ve mevcut kaynakları ölçüsüzce sömüren tipteki kolonizasyondan farklı olarak bir yeri iskân etmek ve orada kalıcı olmayı hedeflemektedir⁹. Bu türde kolonizasyonun temel farkı, yerleşimcilerin yeni bölgeye taşınırken, asıl yaşadıkları yerin yaşam tarzını taklit etme çabalarıdır. Yerleşimciler, bu süreçte bölgeyi anavatanlarının özelliklerini yansıtacak şekilde dönüştürmeye çalışırlar. Bu durum hem fiziki çevrenin değişiminde hem de yerli halkla olan ilişkilerde belirginleşir. Yerleşimciler, çevreyi kendi arzularına göre şekillendirir ve yerli halkın toprakları,

⁶ Kolonicilik ve koloni kavramları üzerine ayrıntılı bir inceleme için Bkz: Erece (n 1) 77-93.

⁷ George Steinmetz, ‘The Sociology of Empires, Colonies, and Postcolonialism’ (2014) 40 Annual Review of Sociology 77, 79. Bunun dışında koloninin belirli bir toplum içerisinde, o toplumdaki çeşitli özellikleri itibarıyla ayrılan kimselerin bir arada yaşamak suretiyle meydana getirdiği topluluğa (örneğin sanatçılar kolonisi) da koloni denilmesi gibi farklı kullanımlar da mevcuttur. Bkz: Margaret Moore, ‘The Taking of Territory and the Wrongs of Colonialism’ (2019) 27 (1) The Journal of Political Philosophy 87, 90.

⁸ Stephen Howe, *İmparatorluk* (Dost 2015) 40. *Finley*’e göre, genellikle tropikal bölgelerde tek bir ürün yetiştiren büyük mülklere atıfta bulunan ve sadece büyük tarım arazilerine değil, aynı zamanda insanların yeni bölgelere yerleştirilmesi sürecine de atıfta bulunan “*plantasyon*” kelimesi XVI. ve XIX. yüzyıllar arasında “*koloni*” ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Buradaki fikir, kolonilerin sadece ekinlerin değil, insanların da “*ekildiği*” ya da yetiştirildiği yerler olduğudur. Bu kullanım, Kuzey Amerika ve İrlanda’daki İngiliz yerleşimleriyle ilgili tarihi belgelerde ve tartışmalarda açıkça görülmektedir. Ancak zaman içinde “*plantasyon*” terimi ağırlıklı olarak büyük ölçekli tarım arazilerini ifade eder hale gelmiş, “*koloni*” ise başka topraklardan gelen insanların yerleştiği bölgelerle olan ilişkisini korumuştur. Bkz: M. I. Finley, ‘Colonies: An Attempt at a Typology’ (1976) 26 Transactions of the Royal Historical Society 167, 170-171.

⁹ Robert J. Young, *Postkolonyalizm: Tarihsel Bir Giriş*, (Matbu 2016) 26.

yerleşimcilerin vizyon ve ihtiyaçlarını yansıtabilecek biçimde değiştirilir. Bu süreç, genellikle yerli halkın yaşam tarzı ve kültürel özelliklerinin değişimine veya yok olmasına yol açar¹⁰. Bunun için yerleşimciler, istila, savaş veya fetihler sonucunda yerlileri topraklarından çıkarmaya veya ortadan kaldırmaya çalışmaktadır¹¹. Yerleşimciler ve yerliler arasındaki ilişki, genellikle yerlilerin aleyhine gelişmektedir. Bu durum, yerleşimcilerin yerli halkın topraklarını ele geçirme çabaları, asimilasyon politikaları, sınır dışı etme uygulamaları ve yerli kültürünü yok etme girişimleriyle karakterize edilir. Yerleşimciler, genellikle kendilerince “boş” veya “kullanılmayan” olarak nitelendirilen topraklara (terra nullius) yönelik bir işgal ve sömürgeleştirme politikası izlemişlerdir. Bu politikanın altında yatan temel düşünce, yerli halkın toprakları ve kaynakları etkili bir şekilde kullanmadığı ve bu toprakların daha verimli bir şekilde işlenmesi gerektiği yönündedir. Bu yaklaşım, yerleşimcilerin eylemlerini meşrulaştırma çabasının bir parçası olarak görülmektedir¹².

B. İngiliz Kolonizasyonunun Temelleri

İngiliz monarşisinin Amerika'ya olan ilgisi, çeşitli bilginler ve emperyal genişleme taraftarlarınınca yönlendirilmiştir. Başta matematikçi ve coğrafyacı *John Dee* ve her ikisi de *Richard Hakluyt* adını taşıyan kuzenler gibi isimler, çalıştıkları bölgeleri bizzat keşfetmemiş ve bahsi geçen yerlere seyahat etmemiş olmakla birlikte, İngiliz genişlemesine bir rota tayin etmek için dini, ticari, coğrafi ve hukuki anlamda argümanlar geliştirmiştir¹³.

¹⁰ Lorenzo Veracini, 'Introduction: Settler Colonialism as a Distinct Mode of Domination' in Edward Cavanagh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016) 4-5; Jürgen Osterhammel, *Colonialism: A Theoretical Overview* (Third Printing, Markus Wiener 1999) 17.

¹¹ Rosura Sánchez and Beatrice Pita, 'Rethinking Settler Colonialism' (2014) 66 (4) *American Quarterly* 1039, 1041.

¹² Steinmetz (n 7) 84.

¹³ *John Dee*, keşif yolculuklarının devletçe teşvik edilmesi konusunda önemli bir rol oynamıştır. Kraliçe I. Elizabeth'e "*Britanya İmparatorluğu'nun Sınırları*" (The Limits of the British Empire) adlı bir belge sunarak, keşif ve fetih misyonlarının resmi beratlarla desteklenmesi için çaba göstermiştir. *Dee*'nin incelemeleri, İspanyolların Atlantik'teki iddiaları ve İngilizlerin tarihteki okyanus seferlerini kapsamış, Amerika'nın kuzeyinde İngiliz *imperium* ve *dominium* haklarını savunmuştur. Bu fikirler, *Hakluyt*'lar tarafından destek görmüş, kuzenler İngiltere'nin deniz ticareti ve toprak genişlemesine yönelik atılımların önemli savunucuları haline gelmişlerdir. *Hakluyt*'lar, daha önceki fikirleri ve edinilen tecrübeleri akademik bir şekilde harmanlayarak yorumlamış, Sir George Peckham gibi kolonizasyon savunucularının fikirleriyle birlikte egemenliğe bağlı mülkiyet, yeni bölgelerin kurulması ve geliştirilmesi konularında önemli katkılar

1. Kolonizasyonun Fikrî Temelleri

Amerika kıtasının keşfinin ardından, başta keşfi gerçekleştiren İspanyollar olmak üzere bölgeye ilgi duyan ve teşebbüste bulunmak isteyen milletler koloniliğe bir çerçeve ve istikamet tayin etmek için fikrî bir faaliyete girişmiştir. İspanya'da Salamanca Okulu ve özellikle *Francisco de Vitoria*, bu faaliyeti başlatan önemli isimler arasında yer almıştır. Akıl yoluyla idrak edilebilen ve evrensel doğal hukuk ilkeleriyle yönetilen bir dünya fikrini savunmaya çalışan *Vitoria*, savaşların sadece emperyal yayılma, monarşiye şan katma veya dini yayma gibi sebeplerle değil ancak haklı bir nedene dayalı olarak işlenen suçlara karşı verilebileceğini ileri sürmüştür, suç teşkil eden fiilleri tayin eden ve doğal yasaları yansıtan bir hukuka (*ius gentium*) uygun olarak toplumlar arası iletişimi ve ticari engelleyen fiillere karşı mücadele verilebileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan İspanyollara, yerli nüfusa zarar vermemek kaydıyla bu topraklara seyahat etme, orada ikamet etme ve adilane bir ticaret yapma hakkını tanımış; yerlilerin bu hakları ya da İncil'in tanıtılmasını engellemeleri halinde güç kullanımını, kalelerin inşasını ve hatta intikam için savaş ilanını meşru görmüştür. *Vitoria*'nın keşif ve fetihlerin meşruiyeti gibi konuları ele alan ve mülkiyet hakları ile ticari ilişkileri içeren görüşleri, sonraki dönemin düşünürlerini de etkilemiştir¹⁴. *Hugo Grotius*, *John Locke*, *Emer de Vattel* gibi doğal hukuk teorisyenleri "boş" olarak kabul ettikleri alanların Avrupalı yerleşimciler tarafından kolonize edilmesini meşru görmüşler, tüm bireylerin ortak kaynakları kullanma konusunda eşit haklara sahip olması nedeniyle, boş arazilerin yeni gelenler tarafından elde edilebileceğini savunmuşlardır. Bu teorisyenlere göre yerliler yaşam tarzları gereği toprağa bel bağlamış olsalar ve toprağı işlemiş olsalar dahi bunları etkili bir şekilde kullanmamakta, bu nedenle Avrupalıların bu "kullanılmayan" alanlarda yaşama özgürlüğü ve hatta ahlaki bir yükümlülüğü söz konusu olmaktadır¹⁵.

Öte yandan Amerika, ütöpik tasavvurların merkezinde önemli bir yer tutmuştur. Avrupalıların fetihleri ve yaydığı hastalıklar sonucunda topraklarını

sunmuşlardır. Söz konusu fikirler, İngiliz Kraliyeti tarafından verilen beratlarda da yerini almıştır. Bkz: Christopher Tomlins, 'The Legalities of English Colonizing Discourses of European Intursion upon the Americas, c. 1490-1830' in Shaunnagh Dorsett and Ian Hunter (eds), *Law and Politics in British Colonial Thought* (Palgrave Macmillan 2010) 51-52.

¹⁴ Matthew Craven, 'Colonialism and Domination' in Bardo Fassbender and Anne Peters (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2012) 868-869.

¹⁵ Cara Nine, *Sharing Territories: Overlapping Self-Determination and Resource Rights* (Oxford University Press 2022) 221.

kaybeden geniş insan grupları, ütöpik düşünceye derin etkiler bırakmıştır. Yerli kültürler ile Avrupalıların karşılaşmaları, siyasi örgütlenme usulleri ve Avrupalı olmayan toplumların gerçeklikleri arasındaki etkileşim, hem işlenmeye hazır boş bir levha imajını hem de ahlaksız veya insandan aşağı görülen bir yerli tasavvurunun meydana getirmiştir. Geniş ve boş toprakların yanı sıra insan kaynağının varlığı, Avrupa'nın yozlaşmışlığından uzak, ideal, bereketli ve sağlıklı bir yer hayalini kuvvetlendirmiştir. Yeryüzü cenneti tam anlamıyla gerçekleşmese de Yeni Dünya yeni başlangıçlar için bir fırsat alanı olarak kabul edilmiştir¹⁶.

Bu meyanda *Thomas More* tarafından 1516'da yazılan ve Avrupa'nın adalet ve siyaset kurumlarındaki eksikliklere eleştirel bir bakış açısı sunan "*Ütopya*" adlı eser, hayali bir ada olan "*Ütopya*"nın coğrafi özellikleri, şehir yapısı, memuriyet ve meslek dalları, sosyal ilişkiler, askeri ve dini yapı gibi konularda detaylı bir şekilde tasvir etmekle birlikte İngilizlerin yeni topraklara yerleşme vizyonunu önemli ölçüde etkilemiştir¹⁷. Bir diğer örnek olarak *Francis Bacon*'un ölümünden sonra 1627'de yayımlanan, yazarın kendi milletinde görmek istediği cömertlik, aydınlanma ve kamusal ruh gibi nitelikleri somutlaştıran ve "*Bensalem*" adında ideal bir toplumun kurgusal yapısını sunan "*New Atlantis*" adlı eseri gösterilebilir¹⁸. 1620'lerde Amerika'nın henüz tam olarak keşfedilmemiş olması, Bacon'ın efsanevi Atlantis ile Doğu arasındaki belirsiz bir bölgede ideal bir toplum

¹⁶ James Holstun, *A Rational Millennium: Puritan Utopias of Seventeenth-Century England and America* (Oxford University Press 1987) 35; Lyman Tower Sargent, 'Utopianism in Colonial America' (1983) 4 (3) *History of Political Thought* 483, 492-495.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Thomas More, *Ütopya* (Alfa 2014). *Kumar*'a göre *More*'un eseri, İspanya ve Portekiz'in keşif seyahatlerini takip eden dönemde ortaya çıkıp yaygınlaşan "*gezgin edebiyatı*" ile Peru'daki İnka Uygarlığı'na dair ortaya konulan tasvirlerden izler taşımaktadır. Bkz: Krishan Kumar, *Ütopyaçılık* (İmge 2005) 42 ve 103-104. Yeni Dünya'yı mükemmel bir toplum kurmak için ideal bir yer olarak tasvir eden ve ülkeyi fethedip dönüştüren bir hükümdar fikrine dayanan kitabın yarattığı vizyon, yayılma taraftarlarının görüşlerine de yansımıştır. Bu kişilerin eserleri, koloni kurmanın öngörülen sonuçlarını meşrulaştırmak ve desteklemek için çağdaş hukuki kavramları kullanmıştır. Bu fikir karışımı, Yeni Dünya'daki kolonileşme projelerini yetkilendirmek ve desteklemek için İngiliz Kraliyeti tarafından düzenlenen belgelerde daha da sağlamlaştırılmıştır. Bu belgeler hem Kraliyet'in otoritesini hem de koloniciler tarafından önerilen planların kabulünü yansıtmıştır. Bkz: Tomlins (n 13) 52. Ayrıca *More*'un Adadaki kentlerle ilgili olarak anlattıkları, şehircilik ve mimari alanlarda başlıca kaynaklardan birisi haline gelmiştir. Bkz: Armand Mattelard, *Gezegensel Ütopya Tarihi: Kehanetsel Kentten Küresel Topluma* (Ayrıntı 2005) 30.

¹⁸ Francis Bacon, *The New Atlantis* (The Floating Press 2009) 4. Bununla birlikte eser doğrudan ideal bir devlet sunmaktan ziyade dünyayı anlamada din ve bilimin çatışan talepleriyle boğuşan bir toplumu tasvir etmekte ve bilim ve teknolojinin imani değerler ve hayat üzerindeki etkisine dair uyarıcı bir hikâye izlenimi uyandırmaktadır. Bkz: Suzanne Smith, 'The New Atlantis: Francis Bacon's Theological-Political Utopia?' (2008) 101 (1) *Harvard Theological Review* 97, 99-100.

kurmasına ilham kaynağı olmuştur. Kitabında, bilim, seyahat ve koloniciliğin ütöpik bir dünyada nasıl temsil edileceği üzerine yoğunlaşmıştır. Aynı zamanda, Kuzey Amerika'daki Fransız ve İngiliz yerleşimleri ile Güney Amerika'daki İspanyol ve Portekiz varlığını ele alırken, Amerika'nın keşfedilmemiş iç kısımları ve batı kıyıları hakkında spekülasyonlar yaratmıştır. Bu noktada eser, bilim, seyahat ve koloniciliğin ütöpik bir dünyada nasıl temsil edildiğine odaklanmıştır¹⁹.

Keza James Harrington'ın ideal bir devletin tasvirini yapsa da ütöpik edebiyat sınıfında kabul edilen "*Commonwealth of Oceana*" (1656) adlı eseri, model ve prototip olarak "*Oceana*"yı kullanırken aslında İngiltere'yi gizli bir şekilde eleştirmiş, insanlık tarihinin ideal toplumundan ziyade kendi döneminin ya da yakın geleceğin muhtemel İngiltere'sini işlemiş, potansiyel reformları ve bu reformların başarısız olma ihtimallerini gösterebilmek için kurgusal bir yaklaşımı benimsemiştir²⁰. *Smith*'e göre Amerika'ya gidenlerin küresel bakış açısı, keşif tutkusu,

¹⁹ Claire Jowitt, "Books will speak plain'? Colonialism, Jewishness and Politics in Bacon's New Atlantis' in Bronwen Price (ed), *Francis Bacon's New Atlantis: New Interdisciplinary Essays* (Manchester University Press 2002) 132-133. Bununla birlikte Bacon'un 1625 tarihli "*Makaleler*" (Essays) adlı eserindeki "*Plantasyonlara Dair*" (Of Plantations) isimli bölümde yeni koloniler kurmaya yönelik düşünce ve stratejilere yer verilmiştir. Bu bölümde Bacon, yeni bir yerleşimin başarılı bir şekilde kurulması için hayati önem taşıyan hususlar üzerinde durmuştur. Bu minvalde olmak üzere yer seçimini, iyi bir yönetimin uygulanmasının önemini, yeni kolonilere gönderilmesi gereken insan tiplerini ve koloninin sürdürülebilirliğini ve büyümesini sağlayacak ekonomik stratejileri tartışmıştır. Buna göre başarılı plantasyonlar, yeni yerleşimcilerin orijinal sakinleri yerinden etmediği, el değmemiş topraklarda kurulan plantasyonlardır. Aksi takdirde bir yaratımdan ziyade bir yıkıma dönüşmektedir. Ayrıca plantasyonun toplumun dışladığı ve hüküm giymiş suçlularla doldurulması üzücü ve talihsiz bir uygulamadır. Bu tür kişiler aylak, sorun çıkaran, savurgan ve görevlerini çabuk terk eden kişiler olma eğilimindedir ve sonuçta plantasyonun itibarına zarar verirler. İdeal plantasyonda bahçıvanlar, çiftçiler, işçiler, demirciler, marangozlar, balıkçılar, avcılar, doktorlar ve gıda uzmanları yer alır. Tahılların üretimine eğilmek ve hastalıklara dayanıklı ve hızlı üreyen hayvanları barındırmak gerekir. Plantasyonların yönetimi, danışmanların desteğinin alındığı fakat merkezi ve kısmen sıkıyönetimin uygulandığı bir şekilde olmalıdır. Yerleşimcilerin ruhsal olarak bağlı kalmaları ve yönetimin çok fazla yatırımcıdan etkilenmesine veya kısa vadeli kazançlara öncelik vermesine izin vermemeleri hayati önem taşımaktadır. Başlangıçtaki vergi muafiyetleri ve ticaret serbestliği plantasyon istikrarına kavuşana kadar faydalıdır. Nüfusu izleyerek ve gerektiğinde takviyeler göndererek aşırı kalabalıklığın önüne geçilmesi gerekir. Yerli halklarla ilişkide ise adil ve saygılı davranmak gerekmektedir. Onları çatışmalara dahil etmek yerine korumaya ve onlara örnek olarak daha iyi yaşam şartları sunmaya odaklanmak gerekir. Bkz: Francis Bacon, *Essays or Counsels, Civil and Moral* (The Floating Press) 111-113.

²⁰ James Harrington and J.G.A. Pocock (ed), *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics* (Cambridge University Press 2008) xvi-xvii. Harrington'un Kral I. Charles'in idamından sonra İngiltere'de hem ekonomik hem de siyasi krizlere karşı reformların yapıldığı bir dönemde yaşamış olduğu eseri, *Plutarkhos*, *Platon* ve *Aristoteles* gibi Antik Çağ filozoflarından etkilenmiş

diğer toplumların değerli yönlerini özümseme yetenekleri gibi yönleri *Harrington*'un Amerika ile olan bağlantısını yansıtmaktadır. Bu yönüyle *Harrington*, tıpkı *Heredot*'un Yunanlılar için yaptığı gibi Amerikan karakterini tam olarak ortaya çıkmadan önce somutlaştırmıştır. Zira yazarın etkisinin zirvede olduğu dönemde birçok koloni çoktan kurulmuş, erken dönem yerleşimciler onunla aynı siyasi çevreyi paylaşmış ve aynı akademik ve kültür çevresinde aşına hale gelmiştir²¹.

Öte yandan yerlilerin topraklarının yerleşimcilerin eline geçmesi noktasında görüşleriyle büyük katkılar sağlayan *John Locke*, "*Hükümet Üzerine İkinci Deneme*" (Second Treatise on Government) (1689) adlı eserinde mülkiyet hakkının Tanrı tarafından insanlığa müştereken verilen bir hak olduğunu kabul ederken, bu hakkın bireysel kazanımında emeğin temel bir faktör olduğunu belirtmiştir. Yani, bir şeyin mülkiyeti, onun üzerinde çalışarak, örneğin avlanarak, meyve toplanarak veya toprağın işlenmesi suretiyle elde edilir. *Locke*'a göre, çitleme veya araziye fiziksel işaretler koyma gibi eylemler, özellikle Amerika gibi bölgelerde mülkiyet iddiasında bulunmak için kullanılabilir. Bu bağlamda, yerlilerin toprakları çitlememeleri, İngiliz yerleşimcilerin özellikle daha fazla mal üretmek amacıyla bu topraklar üzerinde hak iddia etmelerine gerekçe oluşturmaktadır²².

olmakla birlikte ulaşılmaz bir ütopyadan ziyade İngiltere için pratik uygulamalara dayanan siyasi fikirler olarak kendisini göstermiştir. Ekonomik iktidarla siyasi iktidarı ayrılmaz parçalar olarak gören yazar, sınırlı süreler için oyla seçilen yetkililerin mülkiyet dengesini koruyacağı cumhuriyetçi bir hükümet öngörerek biri tartışma diğeri karar alma için olmak üzere iki meclisli bir sistem önermiştir. Belagatin demokrasilerde tehdit oluşturabileceğine inandığından yalnızca "*özgür insanlar*" olarak adlandırılan mülk sahiplerinin yönetime katılmasına izin vermiş, ekonomik olarak bağımlı olanlar, sanayi yoluyla özgür statüye yükselebilmek kaydıyla hariç tutulmuştur. Nihayetinde toprak mülkiyetine dayalı bir siyasi özgürlük inancına bağlı olarak emekçi sınıfları denetleyen centilmen çiftçilerden oluşan bir yönetici sınıfı öngörmüştür. Bkz: Marie Louise Berneri, 'Utopias of the English Revolution' in *Journey Through Utopia: A Critical Assessment of Imagined Worlds In Western Literature* (PM Press 2019).

²¹ H. F. Russel Smith, *Harrington and his Oceana: A Study of a Seventeenth Century Utopia and Its Influence in America* (Cambridge University Press 1914) 153-154.

²² Barbara Arneil, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism* (Oxford University Press 1996) 61-62. *Locke*'un mülkiyet ve toprağın kullanımı hakkındaki düşünceleri, mülkiyet hakkının yalnızca var oluşundan ziyade etkin ve üretken kullanımına vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede *Locke*, mülkiyetin değerinin sadece sahip olunmasından değil, aynı zamanda toprağın ekilmesi veya ticaret yoluyla nasıl kullanıldığına bağlı olduğuna inanmaktadır. Bu bakış açısı, mülkiyeti toprak işleme eylemiyle gerekçelendirmektedir. *Locke*'un bu fikirleri, İngiliz yerleşimcilerin genişlemesini destekleyici bir rol oynamıştır. Yerlilerin hayat tarzları, yerleşimci standartlarına kıyasla genellikle yetersiz görülmüş ve bu durum, yerleşimcilerin topraklar üzerinde hak iddia etmelerine meşru bir zemin sağlamıştır. Bkz: Crow (n 3) 96.

2. Kolonizasyonun Hukuki Temelleri

Amerika'nın keşfedilmesinden önce Atlantik Okyanusu ve Afrika kıyılarında keşfettikleri ada ve bölgelerle ilgili talep ve iddialarını "*dünya çapında bir otoriteye sahip tek devlet*" olan Papalık makamına onaylatan İspanya ve Portekiz, büyük keşfin ardından nüfuz bölgelerinin tespit edilmesi için müracaatlarda bulunmuş ve bir dizi Papalık kararının neticesinde dünya yüzeyine hayali çizgiler çekilerek bu iki devlet arasında bir paylaşım gerçekleştirilmiştir²³. Keşfin ardından 1493'te yayımlanan Papalık Kararnamesi ile 1494'te iki devlet arasındaki Tordesillas Antlaşması'nın onaylanması sonucu yeni bir "*keşif doktrini*" (the doctrine of discovery) ortaya çıkmıştır. Buna göre Kilise, Hristiyan hükümdarlara kendi dinlerinden olmayanların yaşadığı toprakların mülkiyetini talep etme yetkisini ve tüm insanlara rehberlik etme sorumluluğunu üstlenmiş, "*ilk keşif*" ilkesiyle desteklenen İspanya ve Portekiz ise -diğer Hristiyan milletlere nazaran oldukça avantajlı hale gelecek şekilde- yalnızca görmek veya bayrak dikmek ya da işaret bırakmak gibi basit yollarla dünyanın yeni bölgelerini keşfetme ve sahiplenme konusunda münhasır haklarla donatılmıştır²⁴.

Daha sonraki dönemlerde, İngiltere, Fransa ve Hollanda gibi önemli deniz güçleri, keşif doktrininden faydalanma yollarını araştırmıştır. Özellikle İngiltere ve Fransa, Katolik Kilisesi'nin İspanya ve Portekiz lehine verdiği, aforoz tehdidi içeren kararları göz önünde bulundurmuş, ancak kendilerine de keşif alanları açmak için hukukçu ve tarihçileri görevlendirmişlerdir. Bu süreçte, İngiltere, Hristiyan milletler tarafından keşfedilmemiş topraklarda hak iddia etme ve egemenlik kurma amacıyla, sadece işaret konulması yerine, fiili işgalin gerekliliğini savunmuştur. Ayrıca, Avrupalı düşünürler tarafından geliştirilen ve yerli halkın yaşadığı toprakların ele geçirilmesini meşrulaştırmak için kullanılan "*boş topraklar*" (terra nullius) prensibi, milletlerarası hukuk ve keşif doktrininin önemli bir bileşeni haline gelmiştir²⁵.

²³ Marc Ferro, *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl - 20. Yüzyıl* (İmge 2017) 101; Louis Bertrand, *İspanya Tarihi* (Kanaat 1940) 139; Jane Burbank ve Frederick Cooper, *İmparatorluklar Tarihi* (İnkılâp 2018) 129.

²⁴ Robert J. Miller, "*The Doctrine of Discovery*", *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies* (Oxford University Press 2010) 13.

²⁵ Robert J. Miller and Olivia Stitz, *The International Law of Colonialism in East Africa: Germany, England, and the Doctrine of Discovery* (SSRN Electronic Journal 2021) 10-11. Zaman içerisinde benimsenen uygulama ve içtihatlar sonucunda keşif doktrini şu unsurlardan oluşur hale gelmiştir: Avrupalı milletler tarafından ilk kez keşfedilen topraklar, keşif ile birlikte mülkiyet ve egemenlik hakkını kazanmayı sağlamış, ancak bu hakların tam anlamıyla elde edilebilmesi için

İngiltere'deki yayılma taraftarları, Papalık kararının Kuzey Atlantik için geçerli olmadığını iddia ederek Papalık makamının mutlak yetkisini sorgulamışlar ve bu argümanları geliştirerek, İngiliz girişimlerinin diğer Hıristiyan hükümdarlarca henüz keşfedilmemiş topraklarla sınırlı kaldığı sürece Papalık kararlarını ihlal etmeyeceği görüşünü ortaya koymuşlardır; bu bağlamda, keşfin toprak talep etmek için yeterli olmadığı ve hak iddialarının işgal ve kontrolle sağlamaştırılması gerektiği savunulmuştur. Bunun dışında İngiliz yayılmacılığı, dini amaçlarla

fiziki işgalin ve çeşitli alametlerle anlaşılabilir şekilde elde bulunduranın varlığı aranmıştır. Bu hususta fethedilen özel bir yer ayrılmıştır. Bunun dışında Avrupalılar, ele geçirdikleri toprakları çevreleyen veya o toprağın parçası bulunduğu bütünün tamamı üzerinde (örneğin nehir ağzını keşfetmenin nehrin aktığı tüm topraklar üzerinde hak iddia edebilme gibi) kontrol tesis etme yetkisine kavuşmuştur. Avrupa'da geçerli hukuk sistemi tarafından öngörülmüş bir şekilde işgal edilmeyen veya kullanılmayan topraklar boş veya iddiaya müsait olarak görülmüştür ("*terra nullius*" prensibi). Keşfi gerçekleştiren Avrupalı millet, rakiplerine nazaran daha avantajlı olacak şekilde yerlilerin topraklarını satın alma konusunda münhasır bir şufa hakkına kavuşmuştur. Bu durumda yerlilerin topraklarının mülkiyetini kaybettiği kabul edilmiş, yalnızca toprak üzerinde bulunabilme ve toprağı kullanabilme hakları tanınmıştır. Bununla birlikte şufa hakkını elinde bulunduran devlete toprağı satma imkânı da tanınmıştır. Aynı şekilde yerlilerin kendilerini keşfeden Avrupalı milletle yapılacak olanlar saklı kalmak kaydıyla uluslararası ticarete ve diplomasiye bağlı egemenlik hakları inkâr edilmiştir. Bununla birlikte doktrine dini bir yön de katılmış ve Hıristiyan olmayan toplulukların toprak ve egemenlik konusunda daha az hakkı sahip olduğu düşüncesi ileri sürülmüştür. Benzer şekilde Avrupalılara ait medeniyet, eğitim ve din anlayışının yerli halklara tanıtılması doktrinin bir parçası haline getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Miller (n 24) 6-9. Kilise ile birlikte Orta Çağ'dan intikal eden "*Hristiyan Milletler Topluluğu*" (*respublica Christiana*) anlayışının dışlanarak modern egemen devletlerin uluslararası ilişkilerini bizzat tayin etmeye başladığı bu dönemde Avrupa dışındaki topraklar üzerinde hukuki anlamda bir mülkiyetin ve egemenliğin tesis edilmesi için yerlilerin hakları göz ardı edilmiş, bunun yerine yalnızca Avrupalı devletler yeni topraklar üzerinde iddialar öne sürebilecek tüzel kişilikler olarak ortaya çıkmıştır. Bu yeni sistemde Avrupalılar kendileri ile diğer varlıklar arasındaki hukuki ilişkilerin yerine kendi devletleri arasındaki ilişkileri koyarak muhatap alınacak yegâne egemen güçler haline gelmişler ve hukuki ilişkileri de Avrupa standartlarına bağlamışlardır. Her biri kendi menfaatlerinin peşinde olduğundan yeni topraklar üzerinde egemenlik iddia etme süreci de çoğu kez karmaşık ve çekişmeli olmuştur. Bu bağlamda keşif, işgal, fetih ve devir gibi hukuki kavramlarla sorunun üstesinden gelinmeye çalışılmıştır. Bunlar arasında keşif, bir bölgenin salt keşfedilmesinin orada mülkiyet tesis etmeye yeterli olduğu şeklindeki düşüncüyü yansıtmıştır. Keza Roma hukukundan ödünç alınan "*occupatio*" (işgal) kavramı da arazi tahsis açısından başlıca hukuki dayanaklardan biri haline gelmiştir. Yeni Dünya'nın sadece Avrupalılara açık olduğu varsayımından hareket eden bu anlayış, Avrupalı güçlerin keşif yoluyla elde edilen kolektif bir Avrupalı toprak hakkını değil, fiziki işgale dayalı münferit hak taleplerini tanıması yönüyle rekabetin gerçeklerine daha uyumlu görülmüş ve tercih edilen hukuki gerekçe haline gelmiştir. Bununla birlikte oldukça geniş bölgelerin ticari teşebbüsler tarafından ele geçirilip kontrol edilmeye başlaması bu toprakları anavatandaki topraklardan farklı bir statüye kavuşturmuştur. Yine, feodal toprak tahsisatı ile yeni yerler elde edilmeye çalışılmıştır. Bkz: Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004) 82; Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (Telos Press Publishing 2006) 130-131.

başlayıp ekonomik hedeflere doğru genişleyerek zirai yerleşim yerleri ve ticaret yapmayı içermiş, yerlilerin direnişini doğal hukuku ihlal olarak değerlendirerek boyun eğdirme gerekliliğini kabul etmiştir. Bu doğrultuda İngiliz kaşiflere verilen beratlar, Hristiyanlar tarafından bilinmeyen, herhangi bir Hristiyan hükümdarın mülkiyetinde olmayan toprakları keşfetme talimatını içermiş, *terra nullius* prensibine dayanarak, bu bölgelerde Hristiyan olmayan varlıkların mevcudiyeti önemsenmeksizin, İngiliz egemenliğine (imperium) dahil edilecek şekilde sahiplik (dominium) ve fiili mülkiyetin elde edilmesini amaçlamıştır; bu yaklaşım, İngilizlerin keşif doktrinini yeniden şekillendirerek uluslararası ilişkilerde ve diğer devletlerle müzakerelerde kendi yorumlarını uygulamalarına olanak tanımıştır²⁶.

İngiliz Kraliyet'i tarafından verilen beratlar hem gerçek kişilere hem de şirketlere çeşitli imtiyazlar tanımıştır. Dünyanın herhangi bir yerinde yerleşip koloni kurma hakkı sağlayan bu belgeler, yalnızca "*Hristiyanlarca işgal edilmemiş topraklar*" olması kaydıyla kurulacak olan kolonilerde mülkiyet ve yönetim yetkisini berat sahibine tanımıştır²⁷. Bu kurucu belgeler, seyahat kurallarını, gidilecek yerleri, rotaları, taşınacak malları ve seyahat amaçlarını belirleyerek belirli bir düzeyin temelini atmış hem yerleşimciler arasında hem de yerleşimcilerle Yerli Amerikalılar arasındaki ilişkileri kurmak ve sürdürmek amacı taşımıştır. Keza ayrıcalıkları, hakları, yükümlülükleri ve talepleri açıklarken, istenen sonuçlara yönelik eylemleri yönlendirme işlevi görmüş, çatışmaların çözüm yollarını, kural ihlalleri için cezaları belirlemiş ve kolonistler, İngiliz monarşisi ve İngiltere'deki yatırımcılar arasındaki geniş bağlantıları açıklamıştır. Nihayet, kolonizasyonun risklerini kimin üstleneceğini ve bu girişimden kimin kazanç veya kayıp yaşayacağını şekillendirmede kilit bir rol oynamış, ayrıca seferin anlatısını ilk olarak inşa etme ve daha sonra yorumlama hakkını kimin alacağına karar vermiştir²⁸.

²⁶ Miller (n 24) 18-19; Tomlins (n 13) 54-55.

²⁷ Aybay (n 5) 103.

²⁸ McCarthy (n 5) 273-274. Örneğin 1606 tarihli Virginia Beratı'nda Kral I. James bir grup sadık tebaasının Amerika'nın Virginia olarak bilinen bölgesinde yerleşim kurmasına resmen izin vermiş ve yerleşimcilerin Hristiyan inancını yayma ve medeniyetsiz ve tanrıdan bihaber olarak algıladığı yerlilerin hayatlarını iyileştirme niyetlerinden sitayişle bahsetmiştir. Bu bölgede belirli enlemler içerisinde kurulacak iki koloninin her birine doğal kaynaklar dahil olmak üzere kıyı boyunca elli mil ve iç kesimlerde yüz mil kadar bir miktarda arazi tahsis edilmiştir. Ayrıca her koloni için Kral tarafından tayin edilen ve mevzuatı uygulama, resmi işlemlerde kullanılmak üzere kendi mühürlerini oluşturma ve değerli metaller için maden çıkarma yetkilerine sahip konseyler kurulmuştur. Berat'ta bununla birlikte kolonilerin savunmasına yönelik hükümlerin ana hatları çizilmiş, yerleşimcilere silahlanma ve izinsiz yerleşim ya da saldırı teşebbüslerini püskürtme hakkı tanınmıştır. Ayrıca İngiliz olmayan tebaa tarafından ticareti yapılan mallara

II. KOLONİLERİN GELİŞİMİ

Yerleşim koloniciliği, yerli halkların ata topraklarından zorla uzaklaştırılmasının yanı sıra bu toprakların manevi, kültürel ve sembolik olarak yabancılaştırılmasını içermektedir. Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonizasyonu döneminde bu durum açıkça görülmüştür. İngilizler, yerli halkları daha az verimli topraklara sürerken veya öldürürken, yeni yerleştikleri topraklarla kurdukları bağı destansı bir şekilde anlatmış ve zamanla kendilerini bu toprakların yerlisi olarak kabul etmeye başlamışlardır. Ayrıca, Amerika'yı ziyaret eden kaşifler, misyonerler ve tüccarlar, kıtayı “boş” veya “yerleşilmemiş” olarak tanımlayarak yerli nüfusu görmezden gelmiş ve gördükleri yerlere kendi isimlerini vermiştir. Bu isimlendirme ve benimseme süreci, yerleşimcilerin toprağa ait olma haklarını savunmalarına yardımcı olmuştur. Özellikle “new” (yeni) kelimesiyle veya kendi kültürlerine ait önemli kişilere atfen adlandırılan yerler (örneğin New England, New York, Jamestown, Virginia) bu durumun belirgin örnekleridir²⁹.

vergi uygulayarak kendi toprakları içindeki ticari ilişkileri düzenleme yetkisi de verilmiştir. Berat, bu kolonilere yerleşen tüm tebaanın ve doğan çocuklarının İngiltere'de doğmuş gibi aynı hak ve imtiyazlardan yararlanacağına teminatını vermiştir. Son olarak Kral, kolonilerdeki toprakları koloni konseyleri tarafından atanan kişilere ihtira beratları (letters patent) yoluyla hizmet karşılığı hibe etmeyi (socage) vadetmiştir. Bkz: The First Charter of Virginia; April 10, 1606, Bkz: <https://avalon.law.yale.edu/17th_century/va01.asp> Erişim Tarihi 8 Kasım 2023. Daha sonraki dönemlerde verilen beratlar da benzer karakter taşımış ve İngilizlerin Amerika'daki kolonizasyonunda hukuki çerçeveyi sağlayacak ibarelere yer vermiştir. Söz konusu beratlar ile kıtaya götürülen anlayış bir yandan kontrolü sağlamaya yönelik bir araç işlevi görürken diğer yandan kolonizasyon hareketini şekillendiren yorum ve uygulamalar için bir alan açmıştır. Özellikle toprakla ilişki bakımından diğer Avrupalı güçlerin ticari veya sömürüye dayalı bakışlarından farklı olarak aktif ve dönüştürücü bir sürecin önünü açmıştır. Yerleşim, imar etme ve diğer aktif kullanım şekilleriyle bir tür iyileştirme ve geliştirmeyi amaçlamış ve İngiliz kolonizasyonuna salt işgalin ötesinde ileriye dönük bir perspektif sunmuştur. Bu bakımdan balıkçılık, ticaret, yerleşim yerleri, arazinin kullanımı gibi konularda hükümler içeren beratlar sadece hukuki belgeler olarak kalmamış, yerleşimcilerin idari, ekonomik ve sosyal hayatını şekillendiren ayrıntılı bir rehber olmuştur. Beratlar, İngiliz kolonilerini bir düzen içerisinde yaygınlaştırmayı amaçlamış ve büyük ölçüde başarılı olmuştur. Bkz: Ayrıntılı bilgi için Bkz: Christopher Tomlins, 'The Legal Cartography of Colonization, the Legal Polyphony of Settlement: English Intrusions on the American Mainland in the Seventeenth Century' (2011) 26 (2) Law & Social Inquiry 315, 331-335.

²⁹ Anna Johnston and Alan Lawson, 'Settler Colonies' in Henry Schwarz and Sangeeta Ray (eds), *A Companion to Postcolonial Studies* (Blackwell Publishing 2005) 363; Güngör (n 4) 42-43. İngilizlerin en baştaki niyetinin kalıcı yerleşim olmadığını belirtmek gerekir. Kıtaya ilk olarak koloni kurmak amacıyla değil, kâr elde etme arzusuyla gelmişlerdir. 1607 yılında Jamestown'un kurulmasıyla birlikte, Atlantik kıyılarına aşına olan Avrupalılar, bazıları biraz İngilizce konuşabilen yerlilerle karşılaşmıştır. Virginia'daki ilk yılların hastalık, kıtlık ve yerlilerle çatışmalar da dahil olmak üzere çeşitli zorluklarla geçmesinin ardından kalıcı yerleşimin imkânsız olarak

Tahminen yarım ila bir milyon arasında nüfusuyla kıtanın diğer bölgelerine nazaran daha küçük ve çatışmalarda kullandığı yay, ok, balta gibi silahlarla teknolojik olarak daha geri olan yerli nüfusa karşı daha avantajlı bir konumu elde eden yerleşimciler, çeşitli direniş teşebbüslerine rağmen daha üstün silahlarla donanmış olmaları ve bu çatışmalara daha hazırlıklı girmeleriyle ilerlemelerini sürdürmüştür. Bu durum, yerliler arasında ve yerlilerle yerleşimciler veya diğer Avrupa milletleri arasında ittifakların kurulmasına neden olmuştur. Ancak, bu

görülmüştür. Genel olarak tarım, avcılık ve balıkçılıkla ilgilenen yerliler, ilk gelenlerle barışçıl bir ilişki kurmaya çalışmıştır. Yiyecek için yerlilere bağımlı olan İngilizler ise vahşi olarak görmelerine rağmen hayatta kalmak için yerlilere güvenmek zorunda kalmıştır. Ancak bu çelişki yerlilere karşı tutarsız ve agresif hareketlerin önünü açmıştır. Zenginliğe kavuşma arzusu arttıkça odak noktası ticaret merkezinden tarıma dayalı yerleşim koloniciliğine doğru kaymış; bu değişim, yerleşimci sayısının artmasına ve işgücü için Afrika'dan köleler getirilmesine yol açmıştır. Zaman içerisinde yerleşimciler ve yerliler arasındaki çatışmalar gerilla savaşları ve şiddetli çatışmalarla yoğunlaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Walter L. Hixson, *American Settler Colonialism* (Palgrave Macmillan 2013) 30-31. Yerleşim koloniciliği, yerlilerin topraklarından edilmesini içerdiğinden kolonilerde ihtiyaç duyulan iş gücü dışarıdan ve özellikle Afrika'dan getirilen köleler vasıtasıyla karşılanmıştır. Bilhassa erken dönemlerde esaret, zorunlu göç ve köleleştirme, gönüllü yerleşimci göçünden çok daha fazla önem arz etmiştir. Bu türden nüfus hareketleri, hem yerlileri arzu edilen topraklardan temizlemek hem de yeni yerleşim yerlerinin inşası için iş gücü sağlamak gibi çifte bir amaca hizmet etmiştir. Afrikalıların Kuzey Amerika'daki kolonilere, özellikle Virginia'ya varışı, Amerikan kültürü ve siyasetini önemli ölçüde etkileyen bir hadise olmuştur. Afrikalıların gelişiyile birlikte İngiliz koloniciler ırk temelli farklılaşmayı yansıtan düzenlemelere gitmişler, zaman içerisinde toplumu siyah ve beyazlar olarak ikiye ayırmışlardır. Beyazlar vatandaşlık ve haklar konusunda yetkili kılınırken siyahlar sürekli olarak dışlanmışlardır. Cilt rengi "*Amerikanlığın*" ölçütü haline gelmiş, özgürlük ve fırsat kavramları ile Amerikalı kimliğinin esas unsurları ırksal ve etnik birliğe bağlanmışlardır. Bu anlamda Afrikalıların varlığının klasik yerleşimci anlatısını bozduğu, özgürlük kavramını sorgulattığı ve Amerikalı tanımını değiştirdiği ileri sürülmektedir. Öte yandan bu kültürel asimilasyona ve köleleştirmeye rağmen, erken dönemlerde getirilen Afrikalılar, sanat, müzik, din, mutfak, ticaret, tarım ve mimari gibi alanlarda önemli katkılar vermiş ve yeni bir Amerikan kültürünün doğumuna yol açmıştır. Ayrıca hukuki yollara başvurmaları, kaçma teşebbüsleri ve isyanları özgürlük ve vatandaşlık kavramlarını şekillendirmede kritik bir rol oynamıştır. Bkz: Susanah Shaw Romney, 'Settler Colonial Prehistories in Seventeenth-Century North America' (2019) 76 (3) *The William and Mary Quarterly* 375, 381; Cassandra Newby-Alexander, 'The Arrival of the First Africans to English North America' (2019) 127 (3) *The Virginia Magazine of History And Biography* 186, 188-189. Köleler, özgür Afrikalılar ve beyaz hizmetçiler aynı türden kanunlara tâbi olmuşlar, ancak köleler ırklarından ziyade statülerinden dolayı konu edildikleri, kendileri için özel tasarlanmış ek kurullarla da muamele görmüşlerdir. Kölelerin vaftiz edilmesine ilişkin düzenlemeler, kaçma teşebbüslerinin cezalandırılması, köleliğin süresine ilişkin sınırlamalar, kölelerin azat edilmesine ilişkin koşullar ve mahkemede köle tanıklığına ilişkin kısıtlamalar bunlar arasındadır. Hem köleler hem de özgür Afrikalılar, ateşli silahlara erişmekten menedilmiş ve ticaret hakları sınırlandırılmıştır. Köle isyanları korkusu arttıkça, tüm Afrikalılar ve onlarla ilişki kuran beyazlar komplo töhmeti altına sokulmuştur. Bununla birlikte ırklar arası ilişkiler kesin şekilde yasaklanmıştır. Bkz: Kevin Mumford, 'After Hugh: Statutory Race Segregation in Colonial America, 1630-1725' (1999) 43 (3) *The American Journal of Legal History* 280, 284.

ittifaklar İngilizlerin ilerleyişini engellemekte yetersiz kalmıştır³⁰. Bununla birlikte İngilizler hem karşılaşmış oldukları direniş hem de kontrol ve meşruiyetlerini artırma çabalarına bağlı olarak yerlilerden topraklarındaki varlıklarına ilişkin hukuki anlamda bir tanınma arayışı içerisinde olmuştur. Bu durum, doğrudan toprak satın alma ve antlaşmalar yapmak üzere iki ana strateji ile hayata geçirilmiştir. Bu bağlamda İngiliz yetkililer bazen yerlilerin liderleriyle şahsi bağlar kurarken bazen de toprak taleplerini karşılayacak olanlarla satın alım antlaşmaları yapmışlardır. Bu türden teşebbüsler yerlilerle olan çatışmaları azaltmakla birlikte sınırları çizilmiş toprakların işlenmesi ve buralara yerleşilmesi şeklindeki İngiliz özel mülkiyet anlayışının yerleşmesine yardımcı olmuştur. Yerleşimcilerin elindeki tapular hukuki anlamda toprak üzerindeki kontrolü sağlamak için kullanılırken, antlaşmalar da genişletilen ilişkiler sayesinde İngiliz egemenliğinin yayılmasına katkıda bulunmuştur³¹.

³⁰ Nevins ve Commager (n 2) 23-24; Lütem (n 4) 165. *Güngör'e* göre, İngilizlerin muharebe meydanlarında başarılı olmalarına rağmen, özgürlükçü ve doğayla uyum içinde yaşayan yerliler, İngiliz egemenliği ve köleleştirmeye karşı direniş göstermiştir. Bu direniş, yerlilerin kolektif mülkiyet anlayışı ve her canlının yaşama hakkına saygı duymalarından kaynaklanmaktadır. Ancak Avrupalı yerleşimcilerin doğayı tahrip edici faaliyetleri, yerlilerin doğa ile olan bağlarını zayıflatmıştır. İngilizlerin aşırı tarım ve avlanma uygulamaları, yerliler için kaynak kıtlığı ve ızdıraplara yol açmıştır. İngilizler, ilerlemelerinde acımasız yöntemlere başvurmuş, çiçek hastalığını biyolojik silah olarak kullanarak yerli nüfusun büyük oranda azalmasına sebep olmuştur. Yerlilere karşı toplu katliamlar da yaygın bir uygulama olmuştur. Ayrıca İngilizler, yerliler arasında Hristiyanlığı ve alkol kullanımını teşvik ederek kontrolü artırmaya çalışmışlardır. Bu süreçte, yerleşimci yayılması karma ve dejenere bir nüfusun oluşumuna yol açmıştır. Sürekli baskı altındaki yerli kültürleri yavaşça silinmiş ve yerlilere dair aşırı vahşi veya ilkel anlatılar, yerleşimci kültürünü ve medeniyetini yücelten efsaneleri doğurmuştur. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Güngör (n 4) 49-53. İngilizlerin Amerika'da yerleşim koloniciliğini benimsemesi Afrikalı köleler ile yerlilere olan yaklaşımının farklılaşmasına sebep olmuştur. Yerleşim koloniciliğinin insandan çok toprağa odaklanması ve şiddete, zorla yerinden etmeye, asimilasyona ve mülksüzleştirme dayanmasının bir sonucu olarak Afrika'dan getirilen kölelere gösterilen ırkçılık, önyargı ve ayrımcılık emeklerinin değersizleştirilmesi ve sömürülmesi üzerine kurulu iken yerlilere gösterilen ırkçılık, önyargı ve ayrımcılık varlıklarının yerleşimcilerin toprak genişletme çabalarına engel olarak görülmesi üzerinden şekillenmiştir. Bu yaklaşım ırk karışımlarına da yansımıştır. Kökeninde Afrika'ya ait unsurlar bulunan herkes doğrudan "*siyah*" olarak sınıflandırılarak iş gücünü genişletme dürtüsü ekseninde değerlendirilmiş, Avrupalı ve yerlilerin karışımından doğanlar ise yerlilerin nüfusunu yok etme arzusuna bağlı olarak "*beyaz*" kategorisinde kabul edilmiştir. Bkz: Allan Greer, 'Settler Colonialism and Empire in Early America' (2019) 76 (3) *The William and Mary Quarterly* 383, 384-385.

³¹ John G. Reid and Thomas Peace, 'Colonies of Settlement and Settler Colonialism in Northeastern North America, 1450-1850' in Edward Cavanagh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016) 83. Amerika'nın kolonizasyonu sürecinde kullanılan "*keşif doktrini*"ne bağlı şüfa hakkı, belirli bir bölgedeki toprak sahipliğini sadece keşifle ortaya çıkan hakları ileri süren Avrupalı millete münhasır kılmış, yerliler

A. Sosyal ve Ekonomik Gelişim

Mayflower gemisinin ardından, İngiltere'den Amerika'ya yapılan göçler, bireylerin daha iyi bir yaşam ve gelecek umuduyla hareket etmelerinin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir. Bu dönemde, yoksulluk, iç çatışmalar, uzun süren savaşlar, doğal afetler gibi sebepler, tarımda verimin düşmesine yol açan kuraklık gibi doğal faktörler ve kralların Kilise'nin desteğiyle otoriterleşme eğilimleri gibi politik etkenler, binlerce kişinin Amerika'ya göç etme kararı almasında belirleyici olmuştur. Bu göçler, genellikle aileler, hayvanlar ve malların topyekûn taşınması şeklinde gerçekleşmiştir. Amerika'ya ulaşan göçmenler, kendi kendine yetebilen tarım kolonileri kurmuşlardır. Bu koloniler, başlangıçta kürk ticareti ve balıkçılık gibi faaliyetlerle geçimini sağlarken, özellikle tütünün yetiştirilmeye başlanmasıyla sürdürülebilir bir yapıya kavuşmuştur. Tütünün ekilmesi hem ekonomik olarak kolonilerin güçlenmesine hem de sosyal yapıda belirli bir istikrarın sağlanmasına katkıda bulunmuştur³².

ile diğer Avrupalı milletlerin haklarını inkar etmiştir. Arazilerini satmama imkânı tanınmayan ve keşfi gerçekleştiren güç dışındaki bir Avrupa milletine satmaları yasaklanan yerlilerin ancak toprak üzerinde bulunma hakkına riayet edilmiştir. Yerleşim koloniciliğinin yerlileri silme mantığının bir gereği olan bu uygulama sayesinde toprak üzerindeki nihai kontrol ve egemenlik keşif iddiasında bulunan Avrupalı güç için söz konusu olmuştur. Böylece toprak üzerinde yaşama ve bulunma hakkı ile toprağın egemenliğe sahip olma arasında bir ayrıma gidilerek gerçek egemenlik Avrupalılara has kılınmış ve yerli egemenliği tanınmamıştır. Bkz: Stephanie E. Smallwood, 'Reflections on Settler Colonialism, the Hemispheric Americas, and Chattel Slavery' (2019) 76 (3) The William and Mary Quarterly 407, 410-411; Miller (n 24) 7.

³² Çiftçilerin dışında doktorların, avukatların, din adamlarının, öğretmenlerin katıldığı bu göç dalgası New England'ı anayurdun bir minyatürü haline getirmekle birlikte Franklin, Adams, Emerson, Hawthorne, Washington ve Abraham Lincoln gibi önemli kişilerin dedelerini de içerdiği cihetle gelecekteki gelişmeler için zemin hazırlamıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: J. M. Roberts, *Dünya Tarihi II. Cilt*, (İnkılâp 2011) 648; Nevins ve Commager (n 2) 31-32; Aybay (n 5) 104. Hristiyan dinini yayma amacı kolonizasyonun önemli parçalarından birisi olmuştur. 1612 tarihli Virginia Beratı'nın verilmiş sebepleri arasında "*Hristiyan dininin yayılması ve vahşi insanların medeniyet ve insanlığa kazandırılması*"nın sayılması ve Virginia Şirketi'nin "*Plantasyonun Amaç ve Hedeflerinin Gerçek ve Samimi Beyannamesi*" adlı neşriyatı bu amaç açısından önemli örneklerdir. Hristiyanlık doktrinini yayma, fetih ve kolonizasyon hedefleriyle kol kola gitmiş; Anglikan Kilisesi, koloniler dahilinde varlığını teşkil etmiş ve büyük misyonu yerine getirme çabaları bireyler ve gruplar tarafından takip edilmiştir. Kolonizasyonu gerçekleştirenler, yerlileri hem medenileştirip hem de dönüştürebileceklerine inanmışlardır. Ancak süreç hızlı olmamış, özellikle yerlilerin İngiliz dilindeki İncil'i anlayamamaları, yerlilere İngilizce öğretim veya İncil'i yerli dillerine çevirme faaliyeti sonucunda gecikmelerle karşılaşmıştır. Bu zorluk karşısında "*İncil'i Yayma Derneği*" kurulmuş, bu organizasyon misyonerlere ve öğretmenlere destek sağlamak için fon toplayarak yerlilerin eğitimi ve dönüşümü için kitaplar temin etmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Russell M. Lawson, 'Anglicans on the Frontier: The Great Commission and the Exploration and Colonization of North America' (2018) 87 (2) Anglican and Episcopal History 180, 191.

Çoğunlukla İngiliz göçmenlerin yaşadığı bu koloniler, kralların mutlakiyetçi eğilimlerine karşı çıkanlar, dini baskılardan bunalanlar, haklarına düşkün zengin bireyler, muhalifler, maceraperestler gibi çok çeşitli kaynaklardan gelmiş olmalarına ve Almanya, İrlanda ve Fransa gibi diğer milletlerden gelen göçmenlerin varlığına rağmen İngiliz mirasına ve geleneklerine bağlı kalmıştır. Geneli Anglo-Sakson kökenli olan yerleşimciler, İngiliz geleneklerini, hukuka saygıyı, mahalli özerkliği ve temsili kurumları Amerika'ya taşımışlardır. Çeşitli göçmen grupları arasında yapılan sözleşmeler, kolonilerde demokratik ilkelerin ve özgürlüklerin temellerinin atılmasında önemli bir rol oynamış, bu ilkelerin İngiltere'deki benimsenme sürecine kıyasla çok daha hızlı yerleşmesini sağlamıştır. Yine, yoksulluktan kaçış ve zenginlik arayışı gibi göç motivasyonlarının bir sonucu olarak koloniler belirgin sınıf ayrımının olmadığı güçlü bir eşitlik anlayışına sahip olmuştur. Zorlu araziler ve bireysel emek gerektiren toprak işleri nedeniyle büyük toprak sahiplikleri, yani aristokrasinin temeli gelişmemiştir³³.

B. Siyasi ve Hukuki Gelişim

İngiliz hükümeti, koloniler üzerinde asgari düzeyde bir kontrol uygulamış, kolonilerdeki yöneticilerin geniş ölçüde kolonilerde seçilmesine müsaade etmiştir. Böylece koloniler, sadece İngiliz hükümetinin uzantıları olarak değil, anayasal varlıklar olarak işlev görmüştür. Bunun dışında İngiltere'de cari mevzuata aykırılık teşkil etmediği ve merkezin onayını aldıkları sürece dilediği düzenlemeleri yapabilmişlerdir. O dönemde başka hiçbir sömürge imparatorluğu kolonisi bu denli geniş bir özerkliğe sahip olmamıştır. Yerleşimciler, bununla birlikte İngiltere'dekine benzer özgürlüklere sahip olmuştur. İngiliz Common Law hukuku kolonilerde de geçerli olmuş, jüri sistemi ve Habeas Corpus ilkeleri kendine özgü şekilde tatbik edilmiştir. Bu bağlamda İngilizlerin özgürlük adına mücadele etme

³³ Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku Dersleri* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969) 454; İlhan Arsel, *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Birinci Kitap: Demokrasi)* (Güven Matbaası 1955) 196-199. İngilizlerin yerleşim koloniciliği bu gibi yönleriyle İspanyolların güneydeki sömürü koloniciliğinden farklılaşmıştır. Toprağı bizzat işlemek yerine yerlileri bir tür köle konumuna indirgeyerek arazilerde ve madenlerde kullananlar İspanyollar gururları ve maceracı ruhlarıyla zenginlik ve şöhret peşinde koşarak yapmayı kendilerine yakıştıramadıkları işleri yaptırma derdinde olmuşlar ve özellikle altının peşinde koşmuşlardır. Buna karşılık İngilizler esas olarak tarım yapmaya odaklanmışlar, çokça emek sarf ederek ormanları tarlalara dönüştürmüşler ve altının geçici zenginliğinden ziyade emeklerinin uzun vadeli değerlerine inanmıştır. Bu kalıcılık emeli, Magna Carta ile simgelenen tarihi bağımsızlık mücadelelerinde kök salmış bir mahalli özerklik değerinin de kendileriyle birlikte gelmesine sebep olmuştur. Otoriter ve askeri nitelikli Castilla Krallığı değerlerini dayatan İspanyollara karşı, İngilizler Yeni Dünya'ya kendi kendini idare etme idealini taşımışlardır. Bkz: Luraghi (n 3) 103.

davranış kalıbı ile “özgür doğan İngiliz” anlayışının bir fikriyat olarak kıtaya götürüldüğü söylenebilir. Nitekim Virginia Berati’nda “bu bizim İngiltere Krallığımızda doğmuş ve ikamet etmiş gibi” ibareleriyle bütün hürriyet, hukuk ve imtiyazların tanındığı kabul edilmiştir. Bu kapsamda, Magna Carta³⁴ ve Common Law’ın³⁵

³⁴ XVII. yüzyılın sonlarına doğru İngiltere ve Amerika’daki kolonilerde Magna Carta’nın, *Edward Coke* ve çağdaşları tarafından şekillendirilen yorumları aracılığıyla geniş bir şekilde kabul görüldüğü söylenebilir. Bu yorumlar, Magna Carta’nın adaletin hiçbir bireye satılmaması, geciktirilmemesi veya inkâr edilmemesini garanti altına alan bir anlayışla ele alınmasını sağlamıştır. Bu bağlamda, suçla itham edilen kişilere suçlamalardan hızlıca haberdar edilmeleri, suçlayanlar karşısında kendilerini savunabilmeleri ve yerel bölgelerden gelen bir jüri tarafından aleni duruşmalarda yargılanmaları hakkının verildiği kabul edilmiştir. Ayrıca, Magna Carta’nın İngiltere’nin anayasal ve örfi hukukunu korumayı hedefleyen bir temel yasa olarak algılandığını da belirtmek gerekir. Bu durum, en geniş imtiyazların sahibi Kraliyet de dahil olmak üzere her türlü otoritenin hukukun üstünlüğü ilkesine tâbi olduğu ve Parlamento’nun bu temel yasalarla çelişen yasalar çıkaramayacağı inancını pekiştirmiştir. Bkz: Harry T. Dickinson, ‘Magna Carta in the American Revolution’ in Lawrence Goldman (ed), *Magna Carta: History, Context and Influence* (University of London Press 2018) 80.

³⁵ Koloni yasalarının İngiliz örf ve âdet hukuku ile uyumlu olması yönünde genel bir emir olmasına rağmen, XVII. yüzyılda hem koloniler ve İngiltere arasında hem de kolonilerin kendi içlerinde kayda değer farklılıklar görülmüştür. Alman ve İskoç varlığının kolonilerde tatbik edilen medeni hukuka yansımaları, New York’ta Hollandalılardan kalan miras, Boston ve Philadelphia gibi yerlerde profesyonel bir hukuk sınıfı doğuran avukatlar ile mahkemeler üzerindeki Quaker ve Püriten etkisi Common Law içerisine nüfuz ederek yeni bir sistemin doğumuna yol açmıştır. Bu bakımdan kolonilerin ilk kurulduğu dönemlerde Common Law ilkelerinin gündelik işler üzerindeki etkisi asgari seviyede olmuştur. Yerleşimciler, anavatanlarından getirdikleri sınırlı pratik bilgileri mülkiyet düzenlemeleri oluşturmak için kullanmış ve buna bağlı olarak gelişmiş bir toplum oluşturma umudu taşımıştır. Ancak zamanla Common Law, kişisel ve medeni özgürlükler için bir güvence olarak görülmeye başlanmıştır. Mahkemeler ayrı bir erk oluşturmadığından daha ziyade koloni yetkilileri ile hukuk eğitimi almayan özgür insanlar tarafından kullanılan araçlar olarak işlev görmüştür. Bu durum, XVII. yüzyılın sonlarına doğru değişmeye başlamıştır. İngiliz modelleri ve gelenekleri, özellikle toprak sahipleri ve tüccarlar arasında daha fazla etki kazanmıştır. Koloniler, beratlar veya ihtira beratları aracılığıyla İngiliz hukuku altında olduklarını tanımış, fakat aynı zamanda özgün kurallar ve kurumlar için belirgin ihtiyaçlarını da kabul etmiştir. İngiliz tahtının Amerika’yı yönetmeye daha fazla ilgi göstermesiyle birlikte kolonilerdeki hukuk sistemindeki İngiliz otoritesinin etkisi artış göstermiştir. XVIII. yüzyılda, tüzükler ve dava raporları gibi İngiliz hukuk belgelerine erişim arttıkça ve hukuk camiası daha sofistike hale geldikçe, özellikle New York’ta İngiliz hukuk ilkelerini benimseme yönünde belirgin bir eğilim görülmüştür. New York’taki avukatlar, kanun koyucular ve yargıçların İngiliz hukukunu koloniye entegre etme konusunda aktif bir şekilde hareket ettiği bu eğilim diğer bölgeler için kopya edilecek bir şablon seviyesine ulaşmasa da Bağımsızlık Mücadelesi öncesinde İngiliz hukukunun önemli ölçüde yayıldığını ortaya koymuştur. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Herbert Alan Johnson, ‘English Statutes in Colonial New York’ (1977) 58 (3) *New York History* 277, 277-278; David A. Thomas, ‘Anglo-American Land Law: Diverging Developments From A Shared History: Part II: How Anglo-American Land Law Diverged After American Colonization And Independence’ (1999) 34 (2) *Real Property, Probate and Trust Journal* 295, 324; David S. Clark, ‘Comparative Law in Colonial British America’ (2011) 59 (3) *The American Journal of Comparative Law* 637, 653-657.

himayesi altında bulunmak söz konusu olmuştur. Bu gibi ayrıcalıkları muhafaza etmek ve geliştirmek yerleşimciler için her zaman başlıca kaygılardan biri olmuştur. Yerleşimciler temsili sistemin güçlendirilmesi, harcamaların denetimi, özgürlüklerin daha güçlü bir şekilde teminat altına alınması için daimî bir mücadele içerisinde bulunmuşlardır³⁶.

XVIII. yüzyıla gelindiğinde Hollandalılardan ele geçirilen New York dahil Kuzey Amerika'nın doğu sahil şeridi, içerisinde dört yüz bin beyaz ve kırk bin siyahî kölenin yaşadığı on iki koloniye bölünmüş haldedir. Takip eden yıllar içerisinde Georgia on üçüncü koloni olarak katılmış ve nüfus yaklaşık üç milyona ulaşmıştır³⁷. Söz konusu koloniler, teşkilatları ile merkeze karşı görevlerini belirleyen hukuki esaslar bakımından üç farklı şekilde kendisini göstermiştir³⁸.

³⁶ D. K. Fieldhouse, *The Colonial Empires: A Comparative Survey from the Eighteenth Century* (The Macmillan Press 1982) 61-62; Nevins ve Commager (n 2) 33-34. *Fieldhouse*'a göre, İngiltere ve koloniler arasındaki ilişki, Britanya Adaları'ndaki toprak yapısından kaynaklanmaktadır. 1707 Birliği sonrası, İngiltere ve Galler, İskoçya'nın da dahil olmasıyla birlikte "Kralılık" (realm) olarak tanımlanırken, İrlanda, Man Adası ve Kanal Adaları "Dominyonlar" (dominions) olarak sınıflandırılmıştır. Kral'a tâbi olan bu dominyonlara kendi yönetim, hukuk ve finans sistemlerine sahip olmaları imkânı tanındığı gibi Kraliyet'in bu bölgelerde vergi koyma ve kanun çıkarma yetkisi de bulunmamıştır. Söz konusu yetkiler, bu bölgelerden temsilcilerin yer almadığı Parlamento'nun uhdesinde tutulmuştur. Britanya Adaları'ndaki birlik ve otoriteyi sürdürmede kritik bir rol oynayan bu parlamenter üstünlük sistemi Amerika'daki koloniler bakımından da geçerli kabul edilmiştir. Bkz: Fieldhouse (n 36) 59-60.

³⁷ Roberts (n 32) 649; Güngör (n 4) 55. Söz konusu on üç koloni ve kuruluş tarihleri şöyledir: Virginia (1607), New York (1614-1667), Massachusetts (1620), New Hampshire (1623), Connecticut (1633), Maryland (1634), Rhode Island (1636), Delaware (1638), North Carolina (1660), New Jersey (1664), South Carolina (1670), Pensylvania (1682), Georgia (1733). Bkz: Lütem (n 4) 9-10. New England ise Connecticut, Massachusetts, New Hampshire ve Rhode Island kolonilerini içeren bir bölgeyi ifade etmiştir. Bkz: Güngör (n 4) 60.

³⁸ Muvaffak Akbay, 'Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi' (1950) 7 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18, 18. İlk olarak Kraliyet Kolonileri (Royal Colonies), İngiliz Tacına doğrudan doğruya bağlı (royal will and pleasure), yönetici organları Kral tarafından tayin edilen dokuz koloniyi ifade etmektedir. Bu kolonilerde Kraliyet'in talimatı doğrultusunda hareket eden yöneticilere, Kral'ın İngiltere'de sahip olduklarına benzer yetkiler verilmiştir. Bkz: Charles Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: XVIII. Asrın Sonunda Avrupa ve Amerika Siyasî Müesseselerinin Karakteristik Vassıfları - Büyük Fransız İhtilali ve Devlet Mefhumu Üzerindeki Tesirleri* (Talat Altın Matbaası 1949) 35; Arsel (n 33) 201; Crozat (n 38) 35. İkinci tipi teşkil eden Emlak Sahiplerine Ait Koloniler'in (Proprietary Colonies) oluşumu, esas itibarıyla eski İngiliz kanunlarından kaynaklanmaktadır. Bu kanunlar gereği, başkası tarafından tasarruf edilmeyen topraklar Kral'ın malı kabul edilmiş ve bu prensip Amerika'ya uyarlanmıştır. Kral, bu toprakları bazen hizmetlerin karşılığı olarak, bazen de borçların ödenmesi amacıyla gerçek veya tüzel kişilere tahsis etmiştir. Örneğin, Lord Baltimore ve William Penn, Maryland ve Pensylvania topraklarını bu şekilde Kral'dan almışlardır. Bu kolonilerde mülk sahipleri, toprakları hem yöneten hem de sahip olan kişiler olarak feodal lordluklara benzer bir konumda bulunmuşlardır. Otoriteleri, Kraliyet beratlarıyla tanımlanmış ve bu beratlar

Koloniler XVII. yüzyıl İngiliz anayasacılığının uyarlanmış versiyonları olarak faaliyet göstermiştir. Yürütme yetkisi, İngiltere'deki Kral'ın yürütme rolünü yansıtan ve Taç adına hareket eden bir vali ve onun konseyinin elindedir. Bunun dışında yürütme ve yasama organları, aralarındaki dengenin koruması amacıyla birbirinden bağımsız kılınmıştır. Kolonilerde yaşayanlar İngiliz Kralı'nın tebaası olarak görüldüğü ve İngiltere'dekilerle aynı haklara sahip olduğu için her koloninin belirli şartları sağlayan seçkin bir grubun seçtiği üyelerden oluşan ve kanunlar çıkarma yetkisine sahip (valinin onayına tâbi şekilde, Parlamento'nun çıkardığı kanunlar ile çatışmamak ve ticaret ile denizcilikle ilgili konuları kapsamamak şartıyla) kendi yasama meclisine sahip olmuştur³⁹.

egemenlerin otoritesini yansıtmıştır. Ancak yerleşimciler de imtiyaz tanıyan belgelerde öngörül-müş olması koşuluyla müzakere edilen veya açıkça verilen hallerde kendi yönetim organlarını oluşturma ve yönetime katılma hakkına sahip olmuşlardır. Bkz: Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (15. Baskı, Beta 2015) 512; Akbay (n 38) 18; Nevins ve Commager (n 2) 30-31. Son olarak Kral'ın büyük ticaret şirketlerine verdiği beratlarla koloni tahsis etmesi ve bu kolonilerin ("*işletmelerin*") yönetilmesine müsaade etmesi söz konusu olmuştur (Şirket Kolonileri). Örneğin Londra merkezli Virginia Company of London ile Plymouth ve Bristol gibi şehirlerde hissedarları bulunan Plymouth Company, mali olarak beklenen başarıyı yakalayamamaları da Kuzey Amerika'daki kolonizasyonun genişlemesi konusunda önemli rol oynamışlardır. Londra'daki şirket Virginia'yı, Plymouth Company ile halefi Council for New England ise Maine, New Hampshire ve Massachusetts'te şehirler inşa etmiştir. Şirket kolonileri, beratlarında belirlenen geniş yetkilerle neredeyse bağımsız devletler gibi işlev görmüş, kendi yöneticilerini seçmişlerdir. Kral tarafından atanan bir yönetici olmaksızın, yerel düzeyde kendi idaresini kurmuş ve sadece bazı küçük memuriyetlerde Kral'ın temsilcisi bulunmuştur. Bkz: Crozat (n 38) 36-37; Göze (n 38) 512; Nevins ve Commager (n 2) 29-30. XVIII. yüzyılın ikinci yarısında, her biri farklı şekillerde kurulan ve yönetilen koloniler İngiliz yönetimiyle daha yakından uyumlu hale gelen, daha standartlaştırılmış ve merkezi bir yönetim şekline doğru bir kayma yaşamaya başlamıştır. Birçok koloni beratında yapılan değişikliklerle Kraliyet Kolonisine dönüştürülmüştür. Bkz: Okandan (n 33) 454-455; Crozat (n 38) 37-38.

³⁹ Okandan (n 33) 455; Fieldhouse (n 36) 62. Valiler genellikle temsilcisi olarak göreve geldiği ve kendisini atayan (bazı kolonilerde toprak sahipleri veya halkın seçimiyle göreve getirilmiştir) Kral'ın İngiltere'deki konumuna eşdeğer yetkilere sahip olmuştur. Kraliyet, valilere verdiği vekaletname (patent) ile, belirtilen sınırlar içinde imtiyazları hayata geçirme ve Kralın onayına sunulan koloni kanunlarını yürürlüğe koyma görevlerini içeren emirlerini bildirmiştir. Kral'ı temsil ve yürütme gücünü kullanmanın yanı sıra vali, askeri, idari ve yargısal anlamda en yüksek merci olarak meclisleri toplantıya çağırma, meclis kararlarını veto etme, yardımcılarını tayin etme ve askeri gücün kullanılması gibi konularda kararlar almış, ayrıca temyizi Londra'daki "*Kralılık Konseyi*"ne yapılacak şekilde en üst seviyeden yargı faaliyeti icra etmiştir. Bkz: Crozat (n 38) 35; Göze (n 38) 514. Bu dönemde İngiltere'de sorumlu monarşi ile sorumsuz yasama organı arasında Tac'ın temsilcileri olarak Parlamento'ya hesap veren bakanların sorumluluğu kavramı aracılığıyla bir bağ ortaya çıkmış haldedir. Zaman içerisinde yasama organının bakanlıkların yapısı ve siyasetini etkilemeye başlamasının bir sonucu olarak XVIII. yüzyılın sonlarına doğru hem Parlamento hem de Kral'a hesap verebilen bir "*kabine*" fikri şekillenmeye başlamış ve 1830'larda tam anlamıyla yerleşmiştir. Kolonilerde ise bu türden bir gelişme görülmemiş; kanunlar çıkarmak, vergi toplamak ve dilekçeler sunmak gibi işler -erken Stuart dönemi İngiliz Parlamentosu'na atanan rollere

Kolonilerde ortaya çıkan yapının temellerini yerleşimcilerin kendi haklarını ve temsil kurumlarını kazanma ve savunma çabaları oluşturmuştur. Yerleşimciler, haklarının garantisini yazılı belgelerde, özellikle de beratlarla görmüşlerdir. Bu yaklaşım, İngiltere'nin yazılı bir anayasasının olmamasına kıyasla dikkat çekicidir. Beratlarla yazılı haklar, yerleşimciler açısından kutsal bir nitelik taşımış ve Amerikan tarihinde yazılı anayasalara olan bağlılığın kökenini teşkil etmiştir. Böylece kolonilerde iki tür kanun anlayışı doğmuş, üstün konumdaki beratlarla tanımlanan haklar yazılı anayasa fikrinin erken bir örneği olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında valiler ve meclisler arasındaki çatışma, imparatorluk menfaatleri ile yerel menfaatler ve kazanılmış haklar arasındaki çekişmeyi temsil ettiği yönüyle kolonilerin siyasi yapısının diğer bir özelliği olmuştur. Yerel yönetimler, en üst seviyeden alt seviyeye, kendi menfaatlerini ve işlerini yönetme konusunda önemli bir özerkliğe

benzer şekilde- meclislerden beklenmiş, yürütme ise doğrudan Tac'a karşı sorumlu olmaya devam etmiştir. Bakanlık sisteminin tesis edilmemiş olması, XVIII. yüzyılın ortalarından itibaren kolonilerdeki yürütme ve yasama organları arasında çatışmalara yol açarak yerel seviyede çözüm yöntemlerinin önünü açmıştır. Bu kapsamda meclisler, mali ödenekler üzerinden bir kontrol kurmaya ve yalnızca kendi destekledikleri projelere fon sağlayarak politikayı şekillendirmeye çalışmıştır. Keza valinin de dahil olmak üzere maaşları kesmekle tehdit etmişler, oturma halinde olmadıkları zamanlarda dahi vergi gelirlerini yöneten ve harcamaları yetkilendiren hazine memurları, komisyon üyeleri veya daimî komiteler aracılığıyla denetimlerini sürdürmüşlerdir. Böylece kolonilerde bir bakanlık hükümeti oluşmasa da valinin özerkliği sınırlanmış, yönetimde ağırlık meclislerin eline geçmiştir. Bkz: Fieldhouse (n 36) 62-63. Kolonilerde iki tip meclis görülmektedir. Bunlardan birincisi valinin divanıdır (council). On iki ila on sekiz kişiden oluşan bu meclislerin üyeleri koloniden koloniye değişmekle birlikte toprak sahipleri veya bizzat Kral tarafından seçilmiştir. Genellikle İngiltere'den gönderilen valilerden farklı olarak bu meclislerin üyeleri yerleşimciler arasından seçilmiştir. Bunlar zengin sınıfı temsil etse de genellikle validen farklı görüşlere sahip olmuştur. Valiler, bu meclislerin görüşlerinden hareketle mahkemelerin kurulması, hakimleri ve memurları tayin etme, dini konular ve olağanüstü hâl şartlarını hayata geçirme gibi görevlerini yerine getirmiştir. Bu anlamda söz konusu meclislerin idari işlerle iştigal ettiği söylenebilir. Yirmi ila yüz temsilciden oluşan ikinci türden meclisler (assemblies) ise valinin danışma organı olan ve daha elit bir yapıya sahip konseyden farklı şekilde kolonideki özgür erkeklerin temsilcilerini toplamak ve onların görüşlerini alma sorumluluğunun bir neticesi olarak serbest seçilmiş bireylerden oluşmuştur. Ancak bu sistem, küçük toprak sahiplerini, yabancıları, zanaatkarları, tüccarları, işçileri ve siyahileri oy vermekten veya seçilmekten menetmiştir. Bu gibi meclislerin kurulması, beratların temel bir parçası haline gelmiştir. Virginia bu modeli benimseyen ilk koloni olmuş ve sonrasında çoğu koloni tarafından örnek alınmıştır. Bkz: Crozat (n 38) 35; Göze (n 38) 515. Kuzey Amerika kolonilerindeki seçimlerin, Britanya'dakinden farklı ve daha sınırlı bir kitleye hitap ettiği söylenebilir. Seçimler, kolonilerde yaşayan tüm halkı kapsamamış, belirli niteliklere sahip kişilerle sınırlı kalmıştır. Seçmen olabilmek için genellikle Katolik veya Quaker olmak, belirli vergileri ödemek ve belirli bir gelir düzeyini karşılamak ve arazi sahibi olmak gerekmiştir. Söz konusu şartlar bölgeden bölgeye değişiklik göstermiştir; kuzeyde yıllık geliri kırk şilin olan toprak sahipleri, merkez ve güneyde ise elli ila yüz akre arazi sahibi olanlar seçmen olabilmıştır. Bu tabloda, seçmenler nüfusun sınırlı bir kesimini oluşturmuştur; örneğin, Virginia'da bu oran %80 iken, Rhode Island ve Pennsylvania'da ise sadece %9'da kalmıştır. Bkz: Akbay (n 38) 20-21; Crozat (n 38) 39.

sahip olmuştur. Örneğin şehirler dahilinde, tıpkı Atina sitesinde olduğu gibi, o şehirde yaşayanların katıldığı ve şehre ilişkin meselelerin müzakere edilip kararların alındığı toplantılar tertiplenmiştir. Bununla birlikte meclislerin bütçe kontrolünde gösterdikleri ısrar, mahalli özerkliğin merkezi otoriteye karşı bağımsızlığını koruma çabalarının bir parçası olmuştur. Kolonilerdeki hukuki ve siyasi yapı İngiltere’de gelişen prensiplerin birer yansıması olarak vergilendirmeyi, hükümetin halk tarafından denetlenmesini, temsilcilerin seçimini, hükümetin sorumluluğunu ve bireysel hakların korunmasını öncelemiştir. Bu demokratik ilkeler, koloniler devletleştikten sonra da muhafaza edilmeye çalışılmıştır⁴⁰.

III. KOLONİLERİN EGEMENLİĞİ MESELESİ VE DEVLETLEŞME MÜCADELESİ

Yerleşim koloniciliği, yerleşimcilerin yerli halklar üzerinde egemenlik kurma süreci olarak tanımlanır. Egemenlik teoride hükümdara aitken, pratikte yerleşimciler tarafından uygulanır. Salt kaynak çıkarma veya ticaret amaçlı toprak emperyalizminden farklı olarak, yerleşimciler yerli toprakların sosyal ve kültürel yapısını yeniden tanımlama ve dönüştürme amacındadır. Bu süreçte, kendi egemenliklerini ve homojen toplum yapılarını oluşturmayı hedeflerler. Toprak merkezli bu amaçlar, yerleşimcilerin toprak üzerindeki kontrolüyle egemenlik iddialarını pekiştirir ve kendi toplumlarını kurmalarına olanak tanır. İmparatorluklar ve devletler yerleşimi kontrol ve yayılma stratejisi olarak görürken, yerleşimcilerin asıl amacı kendi sosyal, ekonomik ve politik sistemlerini kurmak ve yeni topraklarda egemen bir toplum inşa etmektir. Böylesi bir egemenlik anlayışı sonucunda yerlilikten veya göçmenlikten ayrılan yerleşim koloniciliğinin sonucu olarak kontrol altına alınan topraklar mevcut için olduğu kadar gelecek nesiller için de bir temel teşkil eder. Ayrıca söz konusu egemenlik iddiası ve yapılanma süreci, çeşitli şekillerde meşrulaştırılmaya çalışılır. Yerleşimciler, varlıklarını ve eylemlerini demokrasi, insani değerler ve medeniyetin ilerlemesi gibi üstün kavramlarla haklı çıkartarak topluluklarının dokunulmazlığını ve dış etkilerden korunmasını sağlamakla birlikte, oluşturdukları sosyal ve siyasi yapıların insanlığın yararına olduğunu ve küresel düzeyde kabul edilebilir değerler taşıdığını iddia ederler. Bu durum, yerleşimcilerin kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmelerinin ve egemenlik iddialarının bir yansımasıdır⁴¹.

⁴⁰ Nevins ve Commager (n 2) 37-38; Crozat (n 38) 40-41; Arsel (n 33) 199-200.

⁴¹ Lorenzo Veracini, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview* (Palgrave Macmillan 2010) 4; Natsu Taylor Saito, *Settler Colonialism, Race, and the Law: Why Structural Racism Persists* (NYU Press 2020) 51-52; Reid and Peace (n 31) 80; Veracini’ye göre, yerleşimcilerin tesis ettiği

egemenlik, geleneksel sömürge (emperyal) egemenliği anlayışından farklı olarak arazi planları, emlak devri için yapılan tapu işlemleri, *Locke*'un toprak mülkiyeti anlayışına uygun uygulamaların benimsenmesi, evlilikler, doğum ve cenaze işlemleri gibi ailevi törenlerin mahalli kiliselerde gerçekleştirilmesi, yeni tarlaların açılması, binaların inşa edilmesi gibi dönüştürücü etkiyle kendisini göstermektedir. Ayrıca mahalli seviyede yargısal faaliyetin yürütülmesi de yerleşimci mülkiyetinin ve buna bağlı egemenliğin önemli bir yönünü oluşturmaktadır. Diğer taraftan metropolü etkilemek veya yerleşimci muhalefeti ifade etmek üzere gerçekleştirilen halka açık toplantılar, yerli nüfus üzerinde yerleşimci kontrolünü savunmak, merkezin müdahalelerine karşı çıkmak için kullanılan anayasal dil ve jürilerin dış hükümet müdahalesine karşı yerel yerleşimci otoritesini savunmadaki siyasi rolü de önemlidir. Özellikle yerliler ve koloniyel dışarıdan gelenler üzerinde özerk bir kontrolün tesisi, onları uzak tutarak ya da yerleşimci topluluğu içerisinde seçici olarak ikamet hakkı vererek, yerel nüfus ve ekonomi üzerinde özel otorite sahibi olma amacıyla yapılır. Bu şekildeki bir egemenlik inşası, diğer egemen varlıkların uluslararası alanda tanınan sınırları dahilinde bile görülebilmektedir. Yazar, yerleşimci egemenliğinin orijinalliği ve diğer egemenlik şekilleriyle olan ilişkisini de detaylandırmaktadır. Buna göre, yerleşimcilerin devlet merkezli modellerden ayrılan özgün bir egemenlik şekli sergiledikleri görülmektedir. İmparatorluğun egemenliği başlangıçta toprakla ilişkilendirilmemiş ve tebaalar nerede bulunursa bulunsun egemen ile tebaa arasında hukuki bir bağ bulunduğu zamandan ve mekândan bağımsız olarak kendi varlığını sürdürmüştür. Ancak yerleşimciler onu toprakla bağdaştırarak alternatif bir egemenlik şekli geliştirmiştir. Bu evrim büyük ölçüde yerleşimcilerin kendi toplumlarını yönetme ihtiyacının doğurduğu zorluklardan kaynaklanmıştır. Bu iki egemenlik türü, aynı anda hem birbirine zıt hem de bağlı diyalektik bir ilişki oluşturmuştur. Yerleşimciler farklı topraklarda genişlerken, kendi egemenlik iddialarının bilinciyle hareket etmişler ve genellikle ya emperyal egemenliğe meydan okumuşlar ya da kendilerini onunla denk addetmişlerdir. Yerleşimcilerin kalıcı olma iddiası, egemenlik kavrayışlarını sömürü koloniciliğinden veya emperyal yayılmacılıktan öteye taşımıştır. Bu bakımdan, örneğin sahip olduğu yetkiler göz önüne alındığında “devlet içinde devlet” veya “yarı-egemen” olarak görülen Doğu Hint Şirketi'nin durumu dikkate alınarak yerleşimci egemenliğinin kapsamı ortaya konulabilir. Kurumların özerk eylem geleneğini gören yerleşimciler, emperyal egemenliğe şüpheyle yaklaşmışlardır. Bu türden ikircikli durumlar, yerleşimci devletlerin kurumlarının teşekkülünü önemli ölçüde etkilemiştir. Yerleşimciler kendi bölgelerindeki kontrolü ellerinde tutmakla birlikte büyüyen imparatorlukların ve milli yapıların tayin ettiği sınırlar içerisinde hareket etmek zorunda kalmışlardır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasasının oluşumunda yerel ve bölgesel organlar üzerindeki yerleşimci kontrolüyle çekişmeye giren federal sistemin ortaya çıkışında yerleşim koloniciliğine ait egemenlik anlayışı kilit bir rol oynamıştır. Yerleşimci egemenliği, XIX. ve XX. yüzyıl kolonyal genişlemeleri sırasında farklı yerlerde beyaz yerleşimci hükümetlerinin kurulmasında görüldüğü gibi hem yerel hem de koloni-ötesi etkiler göstermiştir. Bu “yerleşimci devrimi” küresel olarak pek çok alanı etkilemiş, yerleşimciler kontrollerini genellikle genişleyen ABD sınırlarının çok ötesine taşımışlardır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Veracini (n 41) 66-67 ve 72-74. *Romney*'e göre ise yerleşim koloniciliğinde mündemik egemenlik, yerleşimcilerin haklarını ve iktidarını metropolün otoritesine tercih eden yapılarla irtibatlı bulunmaktadır. Yerleşimciler tarafından benimsenen bu egemenlik anlayışı, özellikle Amerikan Devrimi ile başlayıp XIX. ve XX. yüzyıllarda Avustralya'daki beyaz yerleşimcilerin genişlemesiyle devam eden bir süreçte en belirgin örneklerini sunmuştur. Bu genişleme, yerlilerin topraklarından çıkarılması ve yok edilmesiyle iç içe geçmiş, liberal egemenlik ilkesi ve kolonici toplulukların özgürlük anlayışıyla bütünleşmiştir. “Yerleşimci devlet” (the settler state) veya “yerleşimci demokrasi” (settler democracy) gibi terimler bu dönemlere aittir. Aydınlanma öncesi dönemin kolonileri (Şirket Kolonileri, Emlak Sahiplerine Ait Koloniler, Kraliyet Kolonileri) ise başlangıç aşamasını temsil etmektedir. Bkz: *Romney* (n 29) 380-381.

Kuzey Amerika'daki yerleşimciler, bir yandan yerlilerin inkâr edilen egemenliği diğer yandan imparatorluğun egemenliği karşısında kendi egemenliklerinin tesisinin yollarını aramışlardır. Yerli topluluklar açısından egemenlik belirli bir araziye hâkim veya mülkiyet sahibi olmakla ilgili değildir. Zira yerlilerin bakış açısında toprakla ilişki, resmi sınırlardan ziyade geleneksel ve sosyal bağlamlarda ele alınmıştır. Mevsimsel göçler yapan ve farklı yerlerde kurulu köyleri olan kabileler, bireyler ve ihtilaflar için gerekli otoriteyi sabit toprak sınırlarından ziyade kendi aile bağları içerisinde bulmuşlardır⁴². Yerlilerin yöneticilerine genellikle kendi topraklarını yönetmelerine izin verilmesine rağmen, başkalarının erişimini, geçişini veya kullanılmayan toprakların geliştirilmesini engelledikleri hallerde, doğal hukukun ihlalcisi olarak kabul edilme ve savaşla cezalandırılabilme gibi durumlar söz konusu olmuştur. Mülkiyet haklarına bağlı normları yansıtan doğal hukuk kurallarını hayata geçirmek için alınan tedbirler yerel yöneticilerden araziye girişe ve arazinin geliştirilmesine izin verilmesini talep etmekten, otoritelerini mülkiyet haklarına riayet eden yeni bir sisteme uyarlamaya ve hatta bu değişime direnenleri cezalandırmaya kadar uzanmıştır. Yerleşimci egemenliğinden doğan otorite ise beratlarla bağışlanan topraklarda kurulmuş ve yasama yetkiyle donatılmıştır. Bu belgeler Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonizasyonunun temelini oluşturmada ve İngiliz siyasi terimlerinin Amerika'ya aktarılmasında oldukça önemli bir rol oynadığı gibi bir yandan coğrafi sınırları diğer yandan bu bölgelerde otoritenin tatbik edileceği yapısal ve kültürel metodolojiyi tayin etmiştir. En önemlisi, toprakların yaratıcı ve verimli bir şekilde kullanılması yoluyla elde edilmesi iddiasını dile getirmiştir⁴³.

Amerika'daki kolonilerin kendi varlıklarına atfettikleri egemenlik, İngiltere'ye karşı birleşerek verilen bağımsızlık mücadelesiyle ortaya konmuştur. Koloniler, İngiltere'ye karşı oluşan direniş sürecinde, coğrafi ve sosyal farklılıklarına rağmen bir araya gelmiştir. Bu süreçte, henüz gelişmekte olan Amerika toplumu, İngiltere'nin sosyal hiyerarşisi ve yetersiz nitelikteki temsili rejimine yabancılaşmıştır. Bu yüzden kendi mevzuatlarını oluşturarak, Anglikan Kilisesi'nin etkisinin az olduğu çeşitli dini gruplar ve tarikatlarla birlikte ve dünyanın farklı yerlerinden gelen insanların kültürel katkılarıyla kendine özgü bir zihniyet ve bakış açısı geliştirmiştir⁴⁴. Daha önceleri yerlilere karşı ve Hollandalılar ile Fransızlarla ticari

⁴² Katherine A. Hermes, 'Jurisdiction in the Colonial Northeast: Algonquian, English and French Governance' (1999) 43 (1) *The American Journal of Legal History* 52, 57-58.

⁴³ Tomlins (n 13) 63-64.

⁴⁴ Crozat (n 38) 45-46.

rekabetten geri kalmamak için yakınlaşan koloniler bu kez İngiltere'nin aldığı kararlara karşı ortak bir şekilde hareket etmek için birleşmişlerdir⁴⁵. Kolonilerin birleşme yönünde irade göstermesi, bölünmüşlüğü sürdürülemezliğini ortaya koymuştur. Bu durum, özellikle 1741-1763 tarihleri arasındaki İngiliz-Fransız Yedi Yıl Savaşları sırasında belirgin hale gelmiştir. Farklı koloniler arasındaki iş birliğinin sağlanması ve koloni milislerinin Britanya'nın düzenli askeri birlikleriyle koordinasyonunun zorluğu, koloni savunmasının daha merkezi bir kontrole devredilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Keza, 1763 sonrasında, İngiliz yerleşimine açılan batı topraklarının yönetimi, her koloninin kendi menfaatini takip etmesi sonucunda yönetilemez hale gelmiştir. Bu türden sıkıntılar kolonilerin federasyon şeklinde birleşmesi veya İngiliz İmparatorluğu'nun doğrudan denetimi gibi iki çözümü öne çıkarmıştır. 1754'teki Albany Kongresi'nden sonra kolonilerin federasyon fikrini reddetmesi Britanya'yı daha yoğun tedbirler almaya yönlendirmiştir. Artan müdahaleler kolonilerin birleşme seçeneğini daha ciddi bir şekilde değerlendirmesine sebep olmuştur⁴⁶.

A. Yedi Yıl Savaşları'nın Dönüştürücü Rolü

Gerek İngiliz güçleri ile koloniler arasında gerekse farklı koloniler arasında birleşmeyi ve koordinasyonu zorunlu kılan Yedi Yıl Savaşları yaşanırken, yekdiğeriyle dayanışma içerisinde olmanın önemini kavramıştır. İdaresi ve koordinasyonu İngiltere tarafından yönetilen savaş sona erdiğinde koloniler arasında iş birliği ve birleşme eğilimi belirleşse de İngiltere bu yönde bir çabanın önünde

⁴⁵ Göze (n 38) 518. Amerika'daki kolonilerin birlik olma çabaları XVII. yüzyıl ortalarında başlamıştır. İlk önemli teşebbüs 1643'te New England kolonileri tarafından, Rhode Island hariç, gerçekleştirilmiştir. Bu konfederasyon 1684'e kadar sürmüş ve her koloninin kendi hükümetine müsaade edilirken müşterek meseleler sekiz üyeli bir komisyon tarafından yürütülmüştür. Bu birlik, özellikle Fransızlar, Hollandalılar ve yerlilere karşı daha ziyade askeri bir duruş sergilemiştir. 1684'te II. James New York ve New Jersey kolonilerini birleştirmeye çalışmış, ancak bu çaba 1689'a kadar devam etmiştir. Aynı dönemde 1697'de William Penn'in birlik önerisi gibi önemli gelişmeler yaşanmıştır. 1753'te İngiltere hükümet, kuzey ve merkez kolonileri Fransızlar ve yerlilerle karşı ortak bir harekât planı oluşturmak üzere teşvik etmiştir. Bu gelişmenin üzerine Benjamin Franklin'in önerdiği ve Kral tarafından atanan bir genel başkanı ve yerel meclisler tarafından seçilen üyelerden oluşan ve içerisinde kolonilerin nüfuslarıyla orantılı bir şekilde temsil edildikleri büyük bir meclis olan gerçek bir federal devleti öngören Albany Planı, hem Kraliyet'in iktidarını artıracığı yönündeki kolonilerin endişesi hem de Kraliyet'in demokratik eğilimlere yönelik kuşkusu nedeniyle kabul edilmemiştir. Yedi Sene Savaşları sırasında Ticaret Bakanlığı tarafından önerilen Halifax Planı da kolonilerin askeri iş birliğini hedeflemekle birlikte her koloninin yükleneceği masrafları kendi meclisleri tarafından seçilecek üyelerden oluşan bir komisyon tespit edecektir. Bkz: Akbay (n 38) 23; Göze (n 38) 519.

⁴⁶ Fieldhouse (n 36) 69-70.

durmaya çalışmıştır⁴⁷. Savaş esnasında koloni milislerinin donanım ve disiplin eksikliğine rağmen İngilizler kadar başarılı oldukları görülmüştür. Bu durum, özellikle İngiliz subaylarının koloni askerlerine karşı sergiledikleri küçümseyici tutum ve aldıkları hatalı kararlarla daha belirgin hale gelmiştir. Yerleşimciler, aristokratik bir anlayış ve sisteme göre atanan İngiliz komutanlara nazaran kendi aralarından çıkan komutanların başarılarını görmüşlerdir⁴⁸. Fransızların mağlubiyeti ile birlikte Kuzey Amerika'daki nüfuzunun sona ermesi, yerleşimcileri, önceleri metropol donanması ve askerlerine daha sonra ise İngilizlerin varlığına duydukları ihtiyacı sorgular hale getirmiştir. Amerikalı kimlikleri öne çıkmaya başlayan yerleşimciler, ekonomik güçlerinin arttığı ve savunma kapasitelerinin büyüdüğü nispette şikayetleri daha gür bir şekilde ifade eder hale gelmişlerdir⁴⁹.

⁴⁷ Fieldhouse (n 36) 106.

⁴⁸ Nevins ve Commager (n 2) 88.

⁴⁹ Ferro (n 23) 352. Bağımsızlık mücadelesinin arefesinde kolonilerde yaşayan insanlar çoğunlukla kendi buldukları bölgeye has kimlikler geliştirmişler ve kendilerini kolonileriyle tanımlar hale gelmişlerdir. Her ne kadar İngiliz bayrağı altında yaşasalar ve İngiliz Kralı'nın şanını yüceltseler de birçoğu İngiltere'yi hiç görmemiştir. Amerika'ya ilk çıkıştan itibaren şehirler kurulmuş, topraklar işlenmiş, ormanlar tarım arazisine dönüştürülmüş, ticaret, sanayi ve zanaatler gelişmiştir. Eğitim ve kültür alanındaki ilerleme, Avrupa'dan gelenlerin bile dikkatini çekmiş, Amerikalıların zihniyeti, karakteri ve sosyal adetleri ilgi odağı olmuştur. Farklı kökenlerden gelen insanların birlikteliği ortak bir Amerikan kimliğinin doğuşuna yol açarak yeni prensip ve düşüncelerle hareket eden farklı bir insan tipi ortaya çıkarmıştır. Kolonilerde yaşayanların demokrasiye olan inançları ve her bireyin eşit yaşam şansına sahip olduğuna dair kanaatleri sosyal yapıyı şekillendirmiş, iş imkanlarını artırmış, yeni göçleri teşvik etmiş ve Amerika'yı eğitim ve siyasette dünyanın önde gelen coğrafyalarından biri haline getirmiştir. Diğer taraftan Amerikalıların özel bir kaderinin olduğu ve dünyada özel bir rol oynayacağı inancı da güçlü olmuştur. Bkz: Lütem (n 4) 10-12; Luraghi (n 3) 107; Nevins ve Commager (n 2) 77-78. Öte yandan koloniler arasındaki farklılıklar da belirgin haldedir. Kolonilerin kapladığı coğrafyanın kuzeyi ve güneyi arasında ekonomik ve sosyal anlamda değişiklikler baş göstermiştir. Kuzeyde İngiliz toplumunun müreffeh kesiminden gelen göçmenlerin varlığıyla ekonomik eşitliğin yaygın ve sınıf farklarının asgari düzeyde olduğu bir toplum manzarası mevcutken, güneyde büyük malikanelere sahip aristokratlar ve yoksul beyazlar ile kölelerden oluşan bir yapı hâkim olmuştur. Bunun dışında koloniler arasındaki uzun mesafeler ve iletişim zorlukları, onları bağımsız yaşamaya itmiş; her koloni diğer bölgelerden izole bir şekilde varlığını sürdürmüştür. Bu bakımdan ulaşım ve posta hizmetleri ile ticaret yetersiz seviyede kalmış, her koloni öncelikle İngiltere ile irtibatlı kalmıştır. Ekonomik menfaatlerin, sosyal yapının, iklimin ve kültürel farklılıkların yarattığı çelişkiler koloniler arası çatışmalara sebep olmuştur. Zaman zaman askeri anlamda yapılan iş birliklerinin haricinde koloniler arasındaki birleşme girişimleri akim kalmıştır. Bkz: Crozat (n 38) 43; Göze (n 38) 516; Akbay (n 38) 22-24. Kuzey ve Güney arasında kalan orta bölge ise çeşitli toplulukların mozayığı olmuş, ancak bu çeşitlilik temel konularda birlik ve konsensüs eksikliğine yol açmıştır. Farklı etnik ve inanç gruplarının kültürel asimilasyondan kaçınmaları sonucu siyasi ve sosyal anlamda ayrışmalar yaşanmıştır. Her grup, kendi kültürel ve dini normlarını temsil etmeyen yöneticilerin otoritesini kabul etmekte tereddüt etmiş, bu durum istikrarsızlığa

1. İngiliz Tedbirleri ve Yerleşimcilerin Tepkileri

Yaşanan gelişmeler karşısında İngilizlerin Kızılderili sorununa çözüm bulma, kolonilerin müdafaası için asker bulundurma ve gümrük ibarelerinin geliştirilmesi şeklindeki başlangıç tedbirleri otorite artırma isteğinden ziyade ılımlı bir yaklaşımı yansıtmışsa da Londra'daki sömürge yanlısı siyasetçiler, yerleşimcileri özgürlüklerinin tehlikede olduğuna inandırmak suretiyle sonraki tedbirleri radikalleşmeye itmiştir. Bu nedenle birçok reform girişimi yaşanmıştır⁵⁰. Savaşın getirdiği masraflardan ötürü yeni gelirler aramaya başlayan İngiliz yetkililer, kolonilerde daha önceleri gevşek bir şekilde uyguladıkları ticaret kanunlarını sıkı bir şekilde uygulamaya koymuş, kaçakçılığa gösterilen müsamahayı azaltmış ve yeni yayılma alanlarında koloniler kurulmasını engellemiştir⁵¹. Bu meyanda gümrük

ve bazen isyanlara yol açmıştır. Ayrıca, bölge sakinleri genellikle yönetimde kolektif bir rol almak yerine kendi içlerinde örgütlenmeyi tercih etmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Daniel K. Richter, 'Mid-Atlantic Colonies, R.I.P.' (2015) 82 (3) *Pennsylvania History: A Journal of Mid-Atlantic Studies* 260, 262-263.

⁵⁰ Nevins ve Commager (n 2) 102; Roberts (n 32) 714.

⁵¹ Immanuel Wallerstein, *Modern Dünya Sistemi* (Yarın 2011) 214; Crozat (n 38) 46. Yedi Yıl Savaşları'ndan sonra Parlamento, bir milletin refahının malların, altının ve gümüşün birikimine bağlı olduğuna ve devletin güç ve zenginliğini artırmak için bireylerin ve şirketlerin ekonomik faaliyetlerinin düzenlenmesi gerektiğine inanan merkantilist görüşe dayalı bazı denizcilik kanunları çıkarmıştır. Britanya İmparatorluğu, bir federasyon yerine birleşik bir bütün olarak görüldüğünden kolonilerden, imparatorluğu zenginleştirmede önemli katkılar sunması beklenmiştir. Bu açıdan kolonilerin Britanya gemilerine destek olmaları ve şeker, tütün, pirinç gibi temel ham maddeleri üretmeleri gerekmiştir. Daha önce diğer milletlerden ithal edilen söz konusu malların karşılığında Britanya, kolonilere gerekli mamul malları tedarik ederek imparatorluk içerisinde karşılıklı fayda sağlayan bir ilişki yaratmayı hedeflemiştir. Dolayısıyla kolonilerin ekonomik faaliyetlerinin metropole fayda sağladığı merkantilist sistem içerisinde Amerikan kolonilerini öncelikle hammadde kaynağı ve metropolün ürettiği ürünler için pazar olarak görülmüştür. Ancak koloniler zamanla kendi üretim yeteneklerine sahip, kendi kendine yetebilen devlet benzeri birimler haline gelmişlerdir. Bu dönemde henüz sanayileşme sürecine girmemiş olan İngiltere için kolonilerin pazar olarak ekonomik rolü nispeten küçük kalmış, esas olarak kolonilerin ticaretini, ithalat ve ihracatını düzenleyerek ticari anlamdaki hakimiyetini korumak öncelikli olmuştur. Temelleri, Hollanda'nın deniz hakimiyetinden endişe duyan İngiltere'nin kendisine yapılan tüm ihracatın İngiliz mürettebat tarafından İngiliz gemileriyle taşınmasını zorunlu kılan 1651 tarihli Seyrüsefer Kanununa dayanan uygulama, zamanla ticari tekel yaratan ve yabancı rekabeti ortadan kaldıran bir dizi kanuna dönüşmüştür. Bunun sonucunda Avrupa'ya gidecek olan malların İngiliz limanlarından geçilmesi şart koşulmuş ve İngiliz sanayi ürünlerini desteklemek için Avrupa mallarının kolonilere ithalatı kontrol altına alınmıştır. Londra, kolonilerin bazı faaliyetlerini kısıtlarken, diğerlerini teşvik etmiştir. Başlangıçta sıkı bir şekilde uygulanmayan bu politikalar, 1763'ten sonraki reformasyon sürecinde yeniden odak haline gelmiştir. Bkz: Tark Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku: 1965 - 1966 Ders Yılı Notları* (Sulhi Garan Matbaası 1966) 317; Nevins ve Commager (n 2) 89-90; Göze (n 38) 519. İngiliz yetkililerin gözünde koloniler esasen ticareti artırmak için kurulan denizaşırı yerleşimlerdir. Ancak, bu koloniler kurucu ülkelerinden başka milletlere

memurlarına kaçak olduğundan şüphelenilen malları araştırma ve müsadere etme yetkisi tanıyan bir belge (writs of assistance) verilerek bu belgenin her yerde ve her zaman kullanılmasına müsaade edilmiştir⁵². Bununla birlikte metropoldeki bütçe açığının kapatılması için kolonilere gönderilen bazı mallar üzerinden resim alınması teklif edilmiş ve 1764 tarihli Sugar Act ile daimî bir ordu bulundurma gerekçesine binaen yerleşimciler vergiye tâbi kılınmıştır⁵³.

Bağımsızlık mücadelesinde ilk adım İngilizlerin uyguladığı tedbirlere karşı direniş şeklinde başlamıştır. Çeşitli yerlerde bağımsız ayaklanmalar olarak ortaya çıkan bu direnişleri başlatan şey, Parlamento'nun 1765'te kabul ettiği ve kolonilerdeki İngiliz askerlerinin giderlerinin karşılanması için, çeşitli hukuki belgelere damga pulu yapıştırılarak vergi toplanmasını öngören Damga Kanunu (Stamp Act) olmuştur. Koloniler, bu uygulamayı temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir adım olarak algılamış ve buna karşı çıkmıştır. Başta Virginia olmak üzere birçok kolonide tepkiler gösterilmiş, mahalli meclisler kanunu protesto etmiş, halk malları tahrip birlikte memurları tehdit etmiştir. Parlamento'nun baskısına karşı direniş "*Özgürlük Çocukları*" adı verilen örgütü ortaya çıkarmıştır. Parlamento bu durum karşısında 1766'da kanunu geri çekmek zorunda kalmıştır⁵⁴. Damga Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmasının ardından, Parlamento'nun 1767'de çıkardığı Beyan Kanunu (Declaratory Act), İngilizlerin koloniler üzerindeki mali kontrolünü devam ettirme iradesini yansıtacak şekilde kolonilerde yaşayan kişileri hem iç (damga resmi) hem de dış (gümrük resmi) vergilere tâbi tutmuştur. İngiliz Parlamentosu, bu önlemleri daha da ileri götürerek, çay ve kâğıt gibi maddelerin ithalatını gümrük vergilerine tabi kılan düzenlemeleri kabul etmiştir. Bu düzenlemelerin ihlali ile oluşacak suçlar jüri huzurunda yargılanma yetkisinin dışında bırakılmıştır⁵⁵.

yönlendirilirse, bu durum amaçları baltalayacaktır. Yerli malların ve üretimin yabancı mallara tercih edilmesinin önemini vurgulamıştır. Bu kapsamda kolonilerin yabancı mallara bağımlılığı iki temel yolla azaltılmaya çalışılmıştır: Kaçakçılığı engellemeye çalışarak ve İngiltere'den Amerika'ya hukuka uygun şekilde yeniden ihraç edilmesinin aleyhinde hukuki bir önyargıyla. İngiliz yetkililer, XVII. yüzyıldaki denizcilik kanunlarının amacının kolonilerin Avrupa ticaretini İngiltere ile sınırlamak olduğuna inanmışlardır. Koloniler bu kanunları ihlal ettiğinde, ticareti yanlış yönlendirmiş olur ve İngiliz kalmak yerine ticaret yaptıkları milletlerin kolonileri haline gelirler. Bkz: Stephen Conway, 'British Governments, Colonial Consumers, and Continental European Goods in The British Atlantic Empire, 1763 - 1775' (2015) 58 (3) *The Historical Journal* 711, 720.

⁵² Crozat (n 38) 46; Akbay (n 38) 25.

⁵³ Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku* (Arbas Matbaası 1948) 14; Nevins ve Commager (n 2) 102-103.

⁵⁴ Nevins ve Commager (n 2) 105; Okandan (n 33) 455; Göze (n 38) 522.

⁵⁵ Crozat (n 38) 46-47; Aybay (n 5) 107. Bu kanunlarla Amerika'da gümrük işlerine bakmak üzere bir komiserler meclisi kurulmuş, kaçak olduğundan şüphelenilen malları araştırma ve müsadere etme yetkisi tanıyan belgelerin (writs of assistance) hukuki olduğu kabul edilmiş, vergi ihtilaflarının denizcilik mahkemelerinde görülmesi kararlaştırılmıştır. Bkz: Akbay (n 38) 28.

Kolonilerde yaşanan gerginlik ve kargaşa 1770 yılındaki iki önemli olayla doruğa ulaşmıştır. İlk olay, New York'taki "*Golden Hill Savaşı*" olarak bilinen olaydır. Burada şehir halkı ile İngiliz askerler arasında oluşan ihtilafta halkın silahlanması üzerine askerler müdahale etmiş, ancak subayların ve askerlerin araya girmeyle büyük bir çatışma önlenmiştir. Boston'daki daha ciddi olayda ise iki asker halk tarafından saldırıya uğraması üzerine çıkan kargaşada askerlerin ateş etmesi sonucu ölümler ve yaralanmalar gerçekleşmiştir⁵⁶. Bu olaylar üzerine metropol yetkilileri geri adım atarak çay haricinde vergileri kaldırmıştır. Ancak meselenin ulaştığı boyut vergilendirme yetkisinin bulunup bulunmadığının ötesine geçerek Parlamento'nun kolonilerde uygulanabilir nitelikte kanun yapıp yapamayacağına gelmiştir. Kral II. George'un "*Onları ya yönetmek ya da tamamen kendi haline bırakmak zorundayız*" sözleriyle vahametini ortaya koyduğu sorunun büyüklüğü Boston'da gemilerdeki çayların radikallerce denize dökülmesiyle büsbütün açığa çıkmıştır. Bu olayın üzerine İngiliz yetkililer geri adım atma işinden vazgeçerek kolonileri dize getirmek için daha sert tedbirlere başvurmuştur⁵⁷.

Kolonilerdeki isyan hareketlerine cevaben 1774 yılında Parlamento, "*ta-hammül edilemez kanunlar*" (intolerable acts) olarak anılacak düzenlemeler ile Boston Limanı'nı çay için tazminat ödenene kadar ticarete kapatmış, Massachusetts Berati'nin hak ve özgürlükler tanıyan önemli maddelerini yürürlükten kaldırmış, Massachusetts'teki İngiliz ordu kumandanı emrine dört alay asker verilerek ve koloni valisi yapılarak askerleri karargaha yerleştirme yetkisiyle donatılmış, görevlerinin ifasından dolayı suç işlediğinden şüphelenilen subayların yargılanmak üzere İngiltere'ye gönderilmesinin önü açılmış ve Kanada'nın sınırları kolonilerin sınırları aleyhine genişletilmiştir⁵⁸. Bu kanunlara karşı *Thomas Jefferson*

⁵⁶ Bu olaylar sonraki dönemde "*Boston Katliamı*" olarak adlandırılmış, kolonilerde İngiliz yönetimine karşı düşmanlığı ve emniyetsizlik duygusunu artırmıştır. Yeni ayaklanmalar ve boykotlar başgösterdiği gibi olayın yıldönümleri de büyük protestolara sahne olmuştur. Bkz: Nevins ve Commager (n 2) 108-109.

⁵⁷ Roberts (n 32) 715.

⁵⁸ Nevins ve Commager (n 2) 110; Göze (n 38) 524. Bu tedbirlerden Kanada ile ilgili olan "*Quebec Kanunu*", bir yandan yönetim şeklini değiştirmesiyle Fransızca konuşan Katolik ve İngilizce konuşan Protestan yerleşimciler arasında çatışmalara neden olmuş, diğer yandan sınırların genişletilmesiyle kürk ticareti ve tarım ile uğraşan yerleşimciler arasında Ohio Vadisi'nin kontrolü için anlaşmazlıklar doğurmuştur. Kanun ile Fransızca konuşan nüfusa haklar tanınmış; bu meyanda Katolik inancı serbest bırakılmış, Roma hukuku temelli medeni hukuk yeniden tesis edilmiş, Katolik Kilisesi'ne ondalık vergi toplama izni verilmiş ve memurların Papa karşıtı ant içme zorunluluğu kaldırılmıştır. Kanunun Kanada'nın geleceği için önemli olduğu kabul edilirken, Katolikler için verilen imtiyazlar ve sınırların genişletilmesi Yedi Yıl Savaşları'nda elde edilen kazanımların heba

“Summary View” adında bir eser yazarak Parlamento’nun koloniler üzerinde bir otoritesinin kalmadığını, metropoldekilerin kolonilerdeki ithalatı dahi düzenlemeyeceğini, tüm bunlara rağmen kolonilerin vergi işleri haricinde Parlamento’nun yasama konusundaki üstünlüğünü tanıdığını ifade etmiştir. İngiltere tarafından Massachusetts’e karşı alınan tedbirler kolonilerin birleşmesiyle sonuçlanmıştır⁵⁹.

2. İmparatorluk ve Koloniler Arasındaki Yetki Tartışmaları

Kuzey Amerika’daki kolonilerine vergilendirme uygulaması, İspanya ya da Portekiz’in sömürgelerden kazanç sağlama yöntemlerinin bir taklidi olmaktan ziyade, İngiltere’nin stratejik ve demografik şartlarında meydana gelen değişikliklere bir cevabı niteliğindedir. Ancak bu karar, imparatorluğun koloni sistemini olumsuz etkilemiştir. Yerleşimciler, vergilerin yüksek olmamasına karşın, Kuzey Amerika’da sürekli bir ordu ihtiyacının olmadığına inandıklarından bu vergileri lüzumsuz olarak görmüşlerdir. Dahası, bu vergilerin, tarih boyunca Kraliyet dominyonlarında meclisler tarafından belirlenmesi geleneğine ters düştüğünü düşünmüşlerdir. İngiltere’nin refahına zaten özel ticaret hakları yoluyla önemli katkılar sağladıklarından, bu vergileri adaletsiz bulmuşlardır. Bu durum hem pratik gereklilikler hem de anayasal ilkeler açısından farklı görüşleri beraberinde getirmiş ve ortak bir yol bulmayı güçleştirmiştir⁶⁰.

edilmesi olarak yorumlanmıştır. Kanunla birlikte koloniler üzerindeki Yedi Yıl Savaşı öncesinde Fransız tehdidinin yeniden canlandırılmaya çalışıldığı şeklindeki iddialar kolonilerin İngiliz hükümetine karşı hoşnutsuzluğunu artırmıştır. Bkz: Wallerstein (n 51) 222-223.

⁵⁹ Akbay (n 38) 29.

⁶⁰ Fieldhouse (n 36) 108. İngiltere’de, vergilerin konulmasına mükelleflerin rızasının alınması prensibi kolonilerde de uygulanarak başlangıçta vergiler ve kanunlar yerel meclisler tarafından hazırlanmıştır. Ancak bu kanunların geçerli olabilmesi valinin (Connecticut ve Rhode Island hariç) ve kendi konseyi aracılığıyla Kral’ın onayına tâbi tutulmuştur. Kral istediği takdirde valinin onayından geçen kanunları iptal edebilmiş ancak bu yetkisini kullanana kadar kanunların geçerli olacağı kabul edilmiştir. Böylece metropol, koloniler üzerindeki denetimini, koloni meclislerinin kabul ettiği kanunları onaylayarak veya reddederek sürdürmüştür. Bu onay veya red süreci genellikle uzun sürmüş ve bu süre zarfında koloni meclislerinin aldığı kararlar kolonide uygulanmıştır. Bu durum, o dönemin iletişim araçlarının yavaşlığı göz önüne alındığında, koloni meclislerince çıkarılan kanunlara neredeyse mutlak bir geçerlilik kazandırmıştır. 1670’ten itibaren Ticaret Bakanlığı, koloni kanunlarının Kral’ın onayına sunuluncaya kadar uygulanmaması gerektiğini belirten bir madde eklenmesini talep etmiştir. 1696 yılı ile Amerikan Devrimi’nin başladığı tarih arasında dört yüz kanun bu şekilde iptal edilmiştir. Ancak Kral’ın bu denetim yetkisi ölçülü şekilde kullanılmıştır; onay için sunulan 8563 kanun tasarısından sadece %5,5’i iptal edilmiştir. Bkz: Akbay (n 38) 20-21; Arsel (n 33) 202; Göze (n 38) 515. Kolonilerdeki yasa meclisleri için diğer bir sınır ise deniz yolculuğu ile ticarete ilişkin kanunlar sahasında

Bu dönemde İmparatorluk ve koloniler arasındaki ilişki, merkezi otorite ile mahalli özerklik arasındaki dengenin tesisi için verilen mücadelede kilitlenmiştir. İmparatorluk, fiili anlamda Parlamento'nun genel meseleleri yönettiği ve yerel meclislerin yerel konularla ilgilendiği federal bir sistem gibi işlerken, hukuki anlamda tamamen merkezileşmiş ve tüm yetkilerin Parlamento'da toplandığı bir görünüm sergilemiştir. Yedi Yıl Savaşları'ndan sonra İngiliz liderler, Parlamento'nun üstünlüğünü yeniden teyit ederek koloniler üzerinde hukuki ve teorik anlamda parlamentarist otoritenin tesisine çalışmışlardır. Bu durum, gerçek bir federal sistem kurma fırsatının kaçmasına ve sonuç olarak merkezi ve yerel yönetimler arasındaki gerilimin artmasına, nihayetinde Amerikan Bağımsızlık Mücadelesine yol açmıştır⁶¹.

olmuştur. Bu konularda yalnızca Parlamento'nun çıkardığı kanunlar geçerli olmuştur. Bu türden kanunlar bütün imparatorluk bölgelerinin menfaatlerini hedeflediği için, kolonilerin sakinleri yabancı ülkelerle doğrudan ticari ilişkilere girişmekten menedilmiştir. Bkz: Crozat (n 38) 40. *Black'e* göre uyumsuzluk vergilendirmeye sınırlı kalmamıştır. Kolonilerdeki toplumlarda demokratikleşme eğilimlerinin yükselmesi, İngiliz otoritesine karşı kararlı bir duruşun ortaya konması, Kanada'da izlenen siyasetin endişe uyandırması ve III. George'un otokratik niyetleriyle ilgili ortaya atılan iddiaların alıcı bulması gibi sebepler çatışmaların ortaya çıkmasında ve yoğunlaşmasında etkili olmuştur. Bkz: Jeremy Black, *İngiltere Tarihi* (Doğu Batı 2020) 330.

⁶¹ İngilizlerin Amerika'daki kolonilere olan yaklaşımı, tutarlı bir imparatorluk stratejisi izlemekten uzak kalmıştır. İngiltere'nin bu kolonileri yönetme girişimleri dağınıklık ve etksizlikle gölgele-nerek kolonilerin kendi kendini yönetmesi açısından etkili bir kontrolün kurulmasını engelle-miştir. Tıpkı Britanya Adaları'ndaki dominyonlar gibi hem yürütme hem de yasama organları-ndan müdahaleler gelmiştir. Ancak kolonilerin beratlar sayesinde elde ettikleri anayasal nitelik-teki haklardan dolayı bu müdahalelerin kapsamı belirsiz kalmıştır. Her ne kadar birtakım ba-kanlıklar resmi olarak yetkili görünse de kolonilerle ilgili önemli meseleler küçük ve özel büro-lar tarafından yürütülmüştür. Bu ad hoc yönetim tarzı hem İngiltere'nin hem de kolonilerin ticari menfaatlerini gözetmiş, kolonilerin finans ve hukuk sistemlerini denetlemiş, yeni koloni-ler kurma teşebbüslerine rehberlik etmiş ve imparatorluk politikalarında reformlar önermiştir. Krallar, valilere rehberlik ederek, boşalan memuriyetleri güvendikleri isimlerle doldurarak ve bu memurlardan raporlar isteyerek önemli bir etkiye sahip olmuştur. Özellikle Kral'ın Konseyi (Privy Council) koloni meseleleriyle ilgili olarak Kral'a yardımcı olmada önemli görevler üstlen-miştir. 1696 yılında kurulan ve icrai bir etkisi bulunmayan Ticaret ve Koloniler Kurulu (Board of Trade and Plantations) bu Konseye danışmanlıkta bulunmuştur. Keza 1768'de kurulan ve 1782'ye kadar varlığını sürdüren Koloni Dairesi (Colonial Department), gerçek bir ofis gibi işlev görmeye başlasa da daha sonra lağvedilmiş ve sonrasında İçişleri Bakanlığı ile Savaş ve Koloni-ler Bakanlığı kolonyal meseleleri üstlenmiştir. Bu durum, kolonilerin yönetiminin çeşitli İngiliz yönetim birimleri arasında dağılmasına ve bu dağınıklığın da karmaşıklık ve verimsizliğe yol açmasına sebep olmuştur. Keza Parlamento da geniş yetkilere sahip olmasına rağmen, bu yet-kileri nadiren kullanmış ve daha ziyade kolonilerle ilgili olarak ekonomik meselelere odaklan-mıştır. Açık bir şekilde belirtilmedikçe İngiliz kanunları kolonilerde uygulanmamış, İngiliz mevzuatının büyük kısmı kolonileri etkilememiştir. Bu nedenin genellikle kolonilerin iç işlerine veya vergilendirmeye uzanmayan parlamenter yetkilerin 1763'ten sonra bu konulara teşmil edilmesi kolonilerde şok etkisi yaratmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Fieldhouse (n 36) 63-66; Ne-vins ve Commager (n 2) 89-92.

Bu bakımdan bağımsızlık mücadelesinin kökenleri kısa vadeli konjonktürel olayların değil, daha derinden gelen yapısal problemlerde yatmıştır. İngiliz emperyal tarihi ticaret, kolonicilik ve denizcilikte sürekli genişleyen ve merkezileşmeye çalışan süreçlerle ifade edilebilir. Plantasyonlara yönelik yaklaşım da daha sıkı ve etkili bir koloni yönetimiyle tüccarların ticari menfaatlerini korumaya yönelik olmuştur. Buna karşılık koloniler ise Kraliyet'in sadık tebaası olarak sorumluluk üstlenmeler de koloni olmanın çizdiği çerçeve dahilinde alabilecekleri en geniş özerklikin peşinde olmuşlardır. Bu dengede 1763 kırılma tarihi olmuş, yerleşimcilere verilen nimetler azalırken yükler (vergiler, sınırlamalar vb.) önemli ölçüde artmıştır. Bu da kolonileri daha geniş bir hareket serbestisi için mücadeleye itmiştir⁶².

Çatışmaların merkezinde İngilizlerin yerel meselelere müdahalelerine yönelik yerleşimcilerin öne sürdüğü itirazlar yer almıştır. İngilizlere göre, metropol kolonilere Kral'ın arzusuna bağlı olarak fermanlarla bazı imtiyazlar tanımış olduğundan, bu imtiyazların aynı şekilde geri alınabilmesi mümkündür. Kolonilerdeki yerleşimcilere göre ise imtiyazlar iki tarafın anlaşmasıyla ortaya çıkmış akitlerin bir sonucudur. Bu bakımdan başka bir anlaşma yapılmadığı sürece bunlarda bir değişiklik yapılması söz konusu değildir. Kaldı ki insanların Tanrı ve doğa tarafından verilmiş ve hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacak hakları bulunmaktadır. Bilhassa ceza davalarında jüri kararına tâbi olma ve vergiye razı gelme münakaşalar açısından oldukça önemlidir⁶³. Buna karşılık Parlamento'nun üstünlüğünü savunanlar, özgürlük ve imtiyaz tanıyan beratların bütün kolonilere verilmediğini, dahası verilen beratların da yerleşimcilere Parlamento seçimlerinde oy kullanma gibi tam siyasi haklar tanımadığını ileri sürmüştür. Keza, beratların tarihi süreç içerisinde revizyona, değişikliğe ve iptale tâbi olduğunu belirtmişler ve sadece Kral tarafından verildikleri için İngiliz yasama organının üstün gücünün altında kaldıklarını belirtmişlerdir. İşgal edilmemiş bir toprağa yerleşen İngiliz tebaasının, doğuştan gelen haklarından dolayı mevcut tüm İngiliz

⁶² Wallerstein (n 51) 212.

⁶³ Esen (n 53) 14. Tartışmalar yerleşimciler tarafından Magna Carta eksenine de çekilmiştir. 1766 yılında *Richard Bland*, Magna Carta'ya atıfta bulunarak bunun Kral ile tebaası arasındaki erken dönemli bir antlaşma olduğunu ileri sürmüş ve temsil ettiği hak ve özgürlüklerin İngiliz mirasının bir parçası olduğunu ve bunların yerleşimciler tarafından Kraliyet beratları aracılığıyla devralındığını savunmuştur. Daha sonra *Thomas Jefferson* ve *John Tucker* da bu düşünceye iştirak etmiş; *Tucker*, Kraliyet beratları ile oluşturulan ve Magna Carta ile desteklenen sözleşmenin Kral'ın kolonilerdeki iktidarını kısıtladığını ileri sürmüştür. Bu düşüncelerin bir neticesi olarak koloniler Magna Carta'yı da içerecek şekilde İngiliz anayasası altında yönetildiklerini belirtmişler, bu sözleşmenin esasen Kral ile halk arasında bir anlaşma olduğunu ve hükümdarın yerleşik yasalara göre yönetme sözü verdiğini vurgulamışlardır. Bu yasaların ötesinde veya bunlara aykırı herhangi bir otoritenin gayrimeşru olduğunu savunmuşlardır. Bkz: Dickinson (n 34) 81-82.

yasalarını da beraberinde getirdiğini kabul eden *Blackstone*, yine de Amerika'daki koloniler gibi fetih veya antlaşma yoluyla elde edilen topraklarda İngiliz teamüllerinin geçerli olmayacağını belirtmiştir. Bunun yerine kolonilerin İngiliz Parlamentosu'nun kapsayıcı iktidarı altında kaldığı, yerel yasalar çıkarabilecekleri yasama organlarına sahip olmalarına izin verilmişse de Parlamento tarafından oluşturulan yasalarla çelişemeyeceği öne sürülmüştür⁶⁴.

Öte yandan İngilizlere göre Parlamento, imparatorluk genelinde üstün otoriteye sahip bir kurum olarak İngiltere'nin herhangi bir bölgesi hakkında kanun çıkarabileceği gibi koloniler için de kanunlar koyma yetkisine sahiptir. Kolonilere tahsis edilmiş organlar birer korporasyondan ibarettir ve bu yönüyle İngiliz kanunlarına tâbidir. Parlamento'nun dilediği şekilde bu hükümetleri, sınırlama, büyütme veya ortadan kaldırma yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık koloniler, hukuken bağlı ve ilişki içerisinde oldukları yegâne makamın Krallık olduğu görüşüne sarılmışlar ve hükümetlerini, tıpkı kolonilerin kuruluşunu veren beratlar açısından olduğu gibi, Kraliyet'e borçlu görmüşlerdir. Bu bakımdan Kral İngiltere Kralı olduğu kadar herhangi bir koloninin de Kralıdır ve bir koloninin yasama meclisinin İngiltere için kanun çıkaramadığı gibi Westminster'in de koloni için kanun çıkarma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁵.

⁶⁴ Dickinson (n 34) 83-84.

⁶⁵ Nevins ve Commager (n 2) 103-104. İngiliz otoriteler kolonileri İngiliz mülkü (British possessions) olarak gördüğünden Amerikan siyasi organlarının Kraliyet tarafından verilen yetki ve talimatları aşamayacağına inanmıştır. Buna karşılık yerleşimciler, siyasi organlarını İngiliz yürütme gücünün tâbi olduğu sınırlamalardan muaf ve aslı itibarıyla Amerika'ya has olarak görmüştür. Zamanla Kraliyet'in öne sürdüğü iddiaları Parlamento üstlenince yerleşimciler, gerek Parlamento'nun Amerika'yı uzun süredir ihmal etmesi iddiasıyla pratik açıdan gerekse herhangi bir meşru temeli bulunmaması dolayısıyla anayasal açıdan itiraz etmiştir. Özellikle vergilendirme konusunda temsil olmadan vergilendirme yapılamayacağına dair öteden beri süregelen İngiliz uygulamasının kolonilerde gözetilmemesi, kolonilerin dayandığı en büyük direklerden biri olmuştur. Yerleşimciler Kraliyet'in ve Parlamento'nun Common Law ve ona dahil pek çok hakla sınırlı olduğu görüşünü savunmuşlar, İngilizler ise Parlamento'nun mutlak ve üstün otoritesini vurguda ısrarcı olmuşlardır. Bu bakımdan İngilizler geliştirmekte olan anayasal yorumlara bağlı olarak hukuki argümanları ileri sürerken, yerleşimciler sosyal meşruiyete dayanan iddialara bel bağlamıştır. Nihayetinde Amerika'da önce yasama organlarının Westminster'a tâbi olduğu, fakat bu tabiiyetin vergilendirme gibi iç meseleleri kapsamadığı; daha sonra Amerika'daki yasama organları ile Westminster'ın Kraliyet altında birleşecek şekilde eşit ve sadece dış ilişkilerin İngiliz kontrolünde olduğu; son olarak ise dış ilişkilerde dahi bağımsız olunan eşit yasama organları gibi fikirleri benimsemişlerdir. Bkz: Peter C. Oliver, "Dominion Status": History, Framework and Context' (2019) 17 International Journal of Constitutional Law 1173, 1178-1179. Buna karşılık yasama organının Kraliyet'in egemenliği altında bulunan bütün bölgelerde üstün olduğunu savunan İngiliz görüşü, özellikle yerleşimcilerin Magna Carta'yı dayanak olarak yaptıkları itirazlara cevaben yerleşimcilerin bir çelişki içerisinde bulunduğunu ileri sürmüştür. Buna göre Magna Carta'nın İngiliz özgürlüklerini ve anayasasının temel taşı olarak kabul edilmesi, aynı zamanda (özellikle vergilendirme

İngilizler seçilen bir Parlamento üyesinin sadece kendisini seçen seçim bölgesini ve seçmenleri değil, onlara oy vermeyenleri de içeren tüm memleketi temsil ettiğini ileri sürerken yerleşimciler bir temsilcinin yalnızca onları seçen insanları temsil etmesi gerektiğini belirten Rousseaucu ilkeyi esas almışlar ve seçmedikleri herhangi bir kişinin kendi menfaatlerini temsil edemeyeceğini savunarak Parlamento tarafından çıkarılan herhangi bir kararın ya da kanunun Amerika'da hükümünün bulunmayacağını iddia etmişlerdir⁶⁶. Bu temel esastan hareketle de Parlamento'da kendi temsilcilerinin bulunmamasından dolayı orada kabul edilen kanunlarla kendilerine vergi tahmil edilmesinin hukuka ve adalete aykırı olup zalimane bir hareket tarzında bulunduğu belirtmişlerdir. Böyle bir harekete karşı gösterilen tepkinin haklılığından dem vurup esasında kökeni İngiltere'de bulunan "*temsilsizlik vergi de yok!*" (no taxation without representation) ve "*temsilsizlikten konulan vergi tiranlıktır!*" (taxation without representation is tyranny) sloganlarıyla protestolara girişmişlerdir⁶⁷. Kolonilerde hâkim olan görüş uyarınca Kral bir koloniden para talep ederse, bunu meclisin bir tahsisatı olarak alabilir; ancak Parlamento'nun bu konuda bir yetkisi bulunmamaktadır. Bir İngiliz vatandaşı İngiltere'de de olsa, kolonilerde de olsa sadece kendi temsilcisi eliyle vergiye tâbi tutulmalıdır⁶⁸.

konularında) Parlamento'nun müstakil otoritesini de teyit etmektir. Dolayısıyla Parlamento'nun anayasal yetkilerine karşı çıkmak için Magna Carta'yı kullanmak, özünde temel amacının yanlış yorumlanmasıdır. Zira Magna Carta, bilhassa vergilendirme konusunda birincil amaç olarak Kraliyet'in üç unsurunun (Kral ile Lordlar ve Avam Kamaraları) Kral'ın müstakil imtiyazı üzerinde otoritesini tesis etmek olduğunu vurgulamıştır. Bkz: Dickinson (n 34) 82-83.

⁶⁶ Arsel (n 33) 203.

⁶⁷ Aybay (n 5) 106. 1765 tarihli Damga Kanununun çıkarılmasından sonra aynı yıl Virginia Meclisinin aldığı "*Virginia Kararları*"nda koloni halkının Büyük Britanya'da yaşayanlarla aynı haklara sahip olduğu vurgulanmış ve Amerika'da yaşayan kişilerin İngiltere'de doğmuş gibi aynı imtiyaz ve muafiyetlere sahip olacağına ilişkin Berat'taki hüküm hatırlatılmıştır. Bununla birlikte koloninin sadık halkının, vergilendirme ve iç güvenlik konularında kendi meclisleri tarafından yönetilme hakkına, Kral ve halkı tarafından tanınan ve iptal edilmemiş bir hak olarak sahip olduğu vurgulanmıştır. Koloni meclisi, Kral veya onun temsilcileri ile anlaşma yapılması koşuluyla, koloni halkını vergilendirmede tek yetkili organ olarak belirlenmiştir. Meclis dışında herhangi bir kişi veya kurumun bu yetkiyi kullanması, gayri meşru, haksız ve temel kuruluş ilkelerine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca, Meclis tarafından çıkarılmayan kanun ve emirnamelere dayalı vergilendirme yasalarına itaat etme zorunluluğunun olmadığı belirtilmiştir. Meclis dışında vergi koyma veya toplama yetkisini üstlenen kişi veya kurumlar, koloninin düşmanı olarak ilan edilmiştir. Bkz: Akbay (n 38) 27-28.

⁶⁸ Nevins ve Commager (n 2) 104. Bu türden iddialar özellikle Damga Kanunu'nun yarattığı tartışmalarda ön plana çıkmıştır. İngiliz görüşüne göre Avam Kamarası'nda toprak sahiplerinden sanayicilere, kilise görevlilerinden yargıçlara kadar toplumun çeşitli sınıfları temsil edilmektedir ve Parlamento'da bir sınıfın varlığı, o sınıfa ait bireylerin temsil edildiği anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, seçimlere katılmayan bireyler dahi, temsil edilen bir sınıfa dahilse, temsil

Fieldhouse'a göre vergilendirme meselesi yerleşimcileri anayasal hakları ve İngiltere ile ilişkileri üzerinde derin düşüncelere itmiş, kimliklerini Britanya tebasası yerine Amerikalı olarak tanımlamalarına ve sorumluluk sınırlarını netleştirmelerine neden olmuştur. Yerleşimcilerin statüsüyle ilgili İngiliz görüşlerinin itirazları yönlendiren etkenlerden olduğu kabul edilse de yerleşimcilerin çoğunun İngiliz otoritesini benimsemek istemeyecek kadar hukuki ve teamüli farkındalığa ulaşması gidişatı hızlandırmıştır. Kolonilerin hak ve imtiyazlarına dair anlaşmazlıklar yerleşimcilerin Westminster tarafından yönetilmesini ve emperyal bir yapıya dahil edilmesini mümkün olmayan bir duruma getirmiştir. Uyuşmazlığın doruk noktasında, yerleşimcilerin haklarını savunurken koloni zihniyetini aşması, kolonilerin neredeyse tamamen kendi kendini yönetmesi şeklinde bir çözüm yolunu ortaya koymuştur⁶⁹.

B. Kongreler Dönemi ve Bağımsızlık Savaşı

Yerleşimciler arasındaki birliğin temelleri 1765'te New York'ta Damga Kanunu Kongresi (Stamp Act Congress) ile atılmıştır. Bu kongreden itibaren koloniler arasında iletişimi sağlamak ve bağlantıları sürdürmek amacıyla Koloniler Arası Haberleşme Komitesi ile "*devrim meclisleri*" veya "*eyalet kongreleri*" adında yeni teşekküller kurulmuştur⁷⁰.

edilmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla bir bölgenin doğrudan temsili gerekli değildir. Koloniler örneğinde ise burada yaşayanlar Parlamento'ya temsilci göndermemesine rağmen, sosyal sınıfları Avam Kamarası'nda temsil edildiği için, kolonilerin de temsil edildiği söylenebilir. Bu potansiyel temsil durumu, Lord Mansfield tarafından Damga Kanunu'nun iptaline ilişkin tartışmalarda kullanılmış; Mansfield kolonilerin, Parlamento seçimlerine katılımın düşük olduğu İngiltere kadar temsil edildiğini öne sürmüştür. Buna karşılık kolonilerde sınıf menfaatlerinden ziyade bölgesel menfaatler ağır basmıştır. Hemen her kolonide tek bir sınıfın meclise hâkim olması ve koloni menfaatlerinin bu sınıfın menfaatleriyle örtüşmesi, toplumun tüm sınıflarının temsil edilmesi gibi bir hassasiyetin bulunmamasına sebep olmuştur. Koloniler, Parlamento'da zenginlik ve nüfuslarına oranla temsil edilmeyi arzulamıştır. Ancak kolonilerin Avam Kamarası'nda temsilcileri bulunmadığı için, vergilere ilişkin düzenlemelerin sadece kolonilerin meclisleri tarafından yapılması gerektiğini savunmuşlardır. Bu bağlamda hem Damga Kanunu'nun kolonilere dayatılması hem de kolonilerin meclislerinde yapılan vergi kanunlarının veto edilmesi zorbalık olarak addedilmiştir. Nihayetinde Parlamento'nun mutlak egemenliği yönündeki iddialar reddedilmiştir. Bkz: Göze (n 38) 522-523; Akbay (n 38) 26.

⁶⁹ Fieldhouse (n 36) 109-110.

⁷⁰ Crozat (n 38) 47. Kolonilerin meclisleri, genellikle varlıklı mal sahipleri ve muhafazakâr bireylerden oluştuğu ve Kral tarafından atanan valilerin bu meclisleri istedikleri zaman dağıtma yetkileri olduğu için radikal hareketler için pek uygun bir zemin sunmamıştır. İlk devrim meclisleri 1774'te Boston Limanı'nı kapatan kanunun çıkması üzerine Virginia'da teşekkül etmiştir. Kanunun çıktığı haberinin gelmesiyle *Thomas Jefferson*, *Patrick Henry* ve aynı görüşteki diğer

1774 yılının Eylül ayında Georgia hariç diğer kolonilerin temsilcilerinin katılımıyla Philadelphia’da ilk Kıta Kongresi toplanmıştır. Kongre, Kral ve İngiliz milletine bağlılığını yineleyerek bağımsızlık arayışı olmadığını belirlemekle birlikte Amerika’daki sakinlerin İngiliz halkının sahip olduğu özgürlükleri muhafaza ettiğini ve özellikle Common Law prensipleri çerçevesinde yargılanma hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır. Öte yandan Kral’ın, halkın teminat altına alınmış haklarını ihlal etmesi halinde halk üzerindeki hakkını kaybedeceğini ifade edilmiştir. Bu kapsamda Massachusetts Fermanı’ndaki imtiyazları kaldıran düzenlemelerin geçersiz olduğu, İngiltere ile ticaretin kesildiği ve özellikle Quebec Kanunu olmak üzere “*tahammül edilemez kanunlar*”ın iptalinin talep edilmesi gerektiği karar altına alınmıştır. Ayrıca ithalat ve tüketim konusunda varılan uzlaşmayla İngiliz mallarına karşı bir boykot başlamıştır. Kongre’nin bildirisinde doğrudan Amerikan haklarından söz edilmemiş olsa da kolonilerdeki halkların haklarından bahsedilmiştir⁷¹. Bununla birlikte asıl amaç kolonilerin bağımsızlığını tartışmak olmamış, tam tersine Kral’a olan bağlılık teyit edilmiştir. Hazırlanan bildiri metninde koloni halklarının Tac’a sadakati vurgulanmış ve İngiltere’den “*anavatan*” olarak söz edilmiştir. Mevzubahis olan şey kolonilere göç edenlerin ve onların alt-soylarının İngiliz tebaası olarak sahip oldukları hak ve imtiyazlardan vazgeçmeyeceğinin ifade edilmesidir. Bu hak ve imtiyazlara saygı göstermeyen yönetimlere karşı ise üstü kapalı bir şekilde “*direnme hakkı*”na atıfta bulunulmuştur⁷².

İkinci büyük kıta kongresi yine Philadelphia’da 1775’te toplanmıştır. İngiliz güçleri ile halk arasında silahlı çatışmaların patlak vermesi üzerine toplanan bu

kişiler acil bir toplantı düzenleyerek geleneksel anlamda önemi büyük olan özel bir dua ve oruç günü ilan etmişlerdir. Valinin itaatsizlik gerekçesiyle meclisi dağıtmasına rağmen toplantılar sürdürülmüş ve İngiltere’den ithalatı durdurma kararı alınmıştır. Boston’dan gelen atlıların diğer koloni meclislerinden getirdikleri İngiltere ile her türlü ticaretin durdurulması kararlarını içeren mektupların gelmesiyle meclisin tekrar toplanmasına karar verilmiş ve bu davetle kolonilerde ilk eyalet meclisi (provincial convention) veya devrim meclisi kurulmuştur. Bkz: Nevins ve Commager (n 2) 106-107.

⁷¹ Akbay (n 38) 29-30; Roberts (n 32) 716.

⁷² Esen (n 53) 15; Aybay (n 5) 108. Bu kapsamda Massachusetts’in Parlamento’nun kararlarına karşı gösterdiği direnişi desteklemek amacıyla İngiliz mallarının ithalatı ve ihracatının durdurulması kararı alınmıştır. Ayrıca Virginia’daki plantasyon sahiplerinin İngiltere’ye tütün ihracatı ve Massachusetts’teki kaptanların West Indies ile ticaret yapmaması öngörülmüştür. Amerika kolonilerinin Parlamento’ya karşı ortak bir duruş sergilemesine ve Massachusetts’e güç kullanılması halinde tüm Amerika’nın desteğini ifade etmesine yol açmıştır. Gelişmeler, Parlamento’nun çıkardığı kanunların ya hükümsüz kalması ya da bunları uygulamak için kuvvet kullanılmasını iki muhtemel sonuç olarak ortaya koymuştur. Parlamento ise, Massachusetts’in isyan halinde olduğunu ilan ederek ve isyanı bastırmak için imparatorluk kaynaklarını Kral’ın emrine vererek tepki göstermiştir. Bkz: Nevins ve Commager (n 2) 111-112.

kongrede ise milli bir hükümet kurulması ile İngiliz anayasal teamüllerinde yer alan zulme karşı mukavemet hakkına dayanarak silah kullanmanın meşru hale geldiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda bir milis kuvveti kurulması öngörülmüş, bu kuvvetin başına George Washington getirilmiştir. Ayrıca kolonilere kendileri için anayasalar hazırlamaları tavsiye edilmiştir. Böylece Kongre bağımsızlık yönünde kati bir irade ortaya koymuştur. Bunun üzerine kolonilerden on bir tanesi kendileri için yeni anayasalar hazırlamış, diğer iki koloni ise daha önceden kendilerine verilen beratları anayasaları olarak kabul ettiğini bildirmiştir⁷³. Kongrede bu kararların alınması ilişkileri daha gergin bir hale getirmiş, çatışmalar bir savaşa dönüşerek 1783 yılına kadar devam etmiştir⁷⁴.

Bu dönemde konumuz açısından yaşanan iki önemli gelişme kolonilerde yaşananların haklarını ilan eden bildirgeler ve kolonilerin hazırladığı anayasalar olmuştur. 1776 yılının Haziran ayında Kongre John Adams, Thomas Jefferson ve Benjamin Franklin'in içerisinde bulunduğu bir komisyona bağımsızlık bildirisi hazırlama görevi vermiştir, hazırlanan Bildiri 2 Temmuz'da kabul ve 4 Temmuz'da ilan edilmiştir⁷⁵. Bildiri, insanların belirli koşullar altında mevcut siyasi bağlarından vazgeçerek eşit ve bağımsız bir statü talep etmelerinin gerekliliğini vurgulamaktadır. İnsanlığın ve doğanın yasalarına yapılan atıflarla, her insanın doğuştan eşit haklara sahip olduğu ve bu hakların içinde yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışının bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, Britanya hükümetinin adaletsiz uygulamalarına, haksız vergilendirmelere ve temsiliyet eksikliğine dikkat çekilmiştir. İngiltere Kralı ve hükümetinin adaletsizliklerine karşı kolonilerin çeşitli girişimlerde bulunduğu, ancak bu girişimlerin reddedildiği ve adaletsizliklerin devam ettiği belirtilmiştir. Bu durum, bildiriye göre, kolonilerin bağımsızlık ilan etmelerinin zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu aşamadan sonra koloniler, Britanya Tacına olan tüm sadakatlerinden vazgeçtiklerini ve özgür ve bağımsız devletler olarak kendi geleceklerini belirleme hakkına sahip olduklarını ilan etmişlerdir. Bu süreçte koloniler, canları, malları ve onurları ile bu mücadeleye kefil olmuşlardır⁷⁶.

Koloniler içerisinde ilk anayasayı Virginia yapmış, diğer koloniler de onu takip etmiş, Connecticut ve Rhode Island hariç hepsi dört yıl içinde anayasal düzenlerini yeniden kurmuştur. Her biri anayasalarının giriş bölümüne haklar

⁷³ Aybay (n 5) 108-109; Esen (n51) 16.

⁷⁴ Arsel (n 33) 204.

⁷⁵ Nevins ve Commager (n 2) 121.

⁷⁶ Bildiri metniyle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz: Ferro (n 23) 357-361.

beyannamesini yerleştirmiştir. Rhode Island ve Connecticut ise koloni beratlarını yeterince özgürlükçü buldukları için bunları muhafaza etmiştir. Yeni anayasalar cumhuriyetçi bir ruhu yansıtmıştır⁷⁷.

Bir yandan savaş diğer yandan yeniden teşkilatlanma çabası, kendiliğinden oluşan büyük çaplı bir ayaklanma olmaktan ziyade yetenekli kimseler tarafından titizlikle tasarlanmış, Amerika'nın önde gelen isimleri tarafından dağınık vaziyetteki kraliyetçilere ve muhafazakarlara karşı şevk ve ihtiyatla yürütülmüştür. Daha savaşın başlarında Washington'un kuvvetleri belirgin bir Amerikan bayrağı dalgalandırmaya başlamış, aynı dönemlerde İngiltere'den yeni gelen ve yetenekli bir radikal olan *Thomas Paine*, "*Common Sense*" adlı broşürü yayımlamıştır. *Paine*'in bağımsızlığın aciliyetini vurgulayan yazısı derinden yankı bulmuştur. Buradaki fikrî faaliyette *Sidney*, *Harrington*, *Milton* ve *Locke* gibi İngiliz düşünürlerden ilham alınarak Püriten cumhuriyet doktrinleri ile 1688 Devrimi koloniler ölçeğinde yeniden yorumlanmıştır. İngiltere'nin kusurlu temsil sistemine karşı çıkılarak, oligarşiye yarayan ve oy hakkını sınırlayan yapıdan farklı bir temsil sistemi geliştirilmiş; bu sistem yeni bölgeleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş ve

⁷⁷ Anayasalarda geçen haklar ve iktidarın suiistimalini önleyici mekanizmalar şu şekilde tespit edilmiştir: Hukuka aykırı şekilde müsadere ve tutuklamalar ile kişiliğin dokunulmazlığı sağlanmıştır. Herkese hakkındaki ithamın sebep ve mahiyetini öğrenmek, itham edenlerle yüzleşmek, kendi şahitlerini dinletmek ve seri bir şekilde yargılanmayı talep etmek hakkı tanınmıştır. Kişilerin özgürlüklerinden mahrumiyeti, tarafsız bir jüri huzurunda ve kanunlara uygun şekilde yapılacak yargılama sonucu söz konusu olmaktadır. Kanunların geçmişe yürütülemeyeceği esas alınmıştır. Kişiye veya zümreye bağlı imtiyazlar kaldırılmıştır. Mülkiyet hakkı teminat altına alınmıştır. Serbest seçimler kamusal hayatın temeli olarak kabul edilmiştir; seçmenlik sıfatını kazanan herkes temsilcilerini ve memurlarını seçmekte ve kamusal makamlara geçmekte eşit derecede hak sahibi kılınmıştır. Kamusal menfaatleri ilgilendiren konularla ilgili olarak ve istişare amacıyla halka toplanma hakkı tanınmıştır. Basın özgürlüğü garanti altına alınmıştır. Dilekçe hakkı sağlanmıştır. Meclislerde müzakerelerin serbest olacağı belirtilmiş ve temsilcilere görevlerinin ifası bakımından dokunulmazlık verilmiştir. Vergilerin tahmilî halkın veya temsilcilerin rızasına bağlanmıştır. Din, inanç, vicdan ve ibadet hürriyetleri tanınmıştır. Halk iktidarın kaynağı olarak görülmüştür. Özgürlüklerin muhafazası için kuvvetler ayrılığı sistemi benimsenmiş ve söz konusu kuvvetler arasında "*kontrol ve denge*" (check and balance) mekanizması kurulmuştur. Yasama kuvveti için çift meclis sistemi benimsenmiş, yasamaya üstünlük tanınmış, yürütmenin yetkileri kısıtlanmış, yargı açısından ise İngiliz sistemi muhafaza edilmiştir. Özgürlüklerin zarar görmemesi için yürütmenin faaliyet süresi kısa tutulmuş, memur atama yetkisi kısıtlanmış, "*impeachment*" usulü kabul edilmiş; yürütme organlarının yasamanın içinden veya halkın seçimiyle göreve gelmesi kararlaştırılmıştır. Kanunların veto edilmesi tehlikesine karşı yüksek meclis üyelerinin seçimle göreve gelme ilkesi esas alınmıştır. Yargı kuvveti bakımından Equity ve Common law ilkeleri uygulanmaya devam edilmekle birlikte bunlara yasama organı tarafından yapılan "*statute law*" eklenmiştir. Hakimlerin tayin ve azillerine ilişkin kararları alma yetkisi meclislere tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Crozat (n 38) 56-61; Göze (n 38) 527.

Parlamento'nun mutlak otoritesi reddedilmiştir. Bununla birlikte, İngiltere'nin de takip ettiği önemli bir prensip olarak doğal haklara saygı fikri benimsenmiştir⁷⁸. Özellikle *Locke*'un devletin en yüce vazifesinin herkesin hakkı bulunan hayat, özgürlük ve mülkiyeti korumak olduğunu ileri sürdüğü ve siyasi otoritenin sadece halkın menfaati için emaneten elde tutulduğunu belirttiği "*Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*" adlı eserinde yer verdiği doğal hakları ihlal edildiği zaman halkın hükümeti değiştirme hakkının bulunduğu dair görüşü ("*Yasal otoriteye dayanmayan kaba gücün kötülüklerini giderecek gerçek çare, ona karşı yine güç kullanmaktır*") oldukça revaç bulmuştur⁷⁹.

Bağımsızlık Bildirisi'nde bireylerin doğuştan gelen eşitlik, yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışı gibi vazgeçilmez haklara sahip olduğu temel bir ilke olarak vurgulanmıştır. Bu hakların ihlali, "*Muhacir Ataların*" gemilerde verdikleri sözler ve

⁷⁸ Kuzey Amerika'daki mücadeleye damga vuranlar iki gruba ayrılabilir. Birinci grupta genellikle az eğitilmiş ve uzak bölgelerden gelen zanaatkar ve radikal devrimcilerden oluşan *Patrick Henry, Alexander Mcdougall, Christopher Gadsden, Isaac Sears, Daniel Roberdau, George Bryan, Thomas Person, Timothy Bloodworth, John Lamb* gibi isimler devrime maddi ve enerjik olarak katkıda bulunmuş, ikinci grupta ise *Benjamin Franklin, Samuel Adams, John Adams, Willie Jones, James Otis, Alexander Hamilton, John Morin Scott, George Clinton, William Livingston, John Jay, Thomas Jefferson, Richard Henry Lee, George Mason, John Dickinson* ve *John Rutledge* gibi eğitilmiş yazar ve düşünürler ise fikrî katkılarıyla devrimin gidişatını önemli ölçüde etkilemiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Nevins ve Commager (n 2) 100-105; Ferro (n 23) 356. Amerika'daki yazılı anayasa fikrinin oluşumunda Pürüten'lerin etkisi büyük olmuştur. Dini zulümden kaçan ve siyasi alana dini doktrinlerini aşılama hevesli olan bu grup, devleti kilisenin bir uzantısı olarak görmüş ve sosyal birlikleri özgür ve eşit bireyler arasındaki kalıcı paktlar olarak değerlendirmiştir. İngiltere'deki Cromwell rejiminin tesisinde etkili olan bu inanç, ahlaki ilkelere dayalı yasalarla Parlamento'nun yetkilerini sınırlamayı amaçlamıştır. Özellikle "*müstakiller*" (independants) adı verilen Püritanizm'in radikal fraksiyonu, dini yaşamlarını düzenleyen anlaşmalara dayanarak siyasi yaşamın da benzer bir temel üzerine kurulmasını savunmuştur. Her cemaat veya heyetin dini ve siyasi toplumu düzenleyen iki temel anlaşmaya sahip olduğu ileri sürdükleri düşünceleri Amerikan anayasalarının oluşumunda etkili olmuştur. İngiltere'de uygulanamayan bu sistem, Amerika'ya göç eden Pürütenler tarafından hayata geçirilmiş, ilk Amerikan anayasaları anlaşma niteliği taşımıştır. Her ne kadar bu yeni anayasalar, "*Muhacir Atalar*"ın anlaşmalarına şeklen benzemese de esasen benzer özellikler taşımıştır. Bu yeni anayasalarda, yemin ve imza yerine seçmenlerin oyları önem kazanmış, özgür bireylerin (freemen) az sayıda kişi tarafından hazırlanan anayasa tasarıları hakkında oy kullanma sorumluluğu ve çoğunluk kararının yeterli görülmesi, Amerikan anayasa geleneğinin temellerini oluşturmuştur. Bkz: Crozat (n 38) 44-45. *Harrington*'un "*Commonwealth of Oceana*"sı Amerikan devrimcileri üzerinde büyük etkiler bırakmıştır. Özellikle Massachussets Anayasası'nda bu ütopyaya pek çok atıfta bulunulmuş ve eyaletin adının Oceana olarak değiştirilmesi dahi teklif edilmiştir. Bunun dışında Carolina, Pennsylvania ve New Jersey anayasalarında da *Harrington*'un fikirlerine yer verilmiştir. Hatta iki meclisli ve yüksek mahkemeli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, *Harrington*'un hayranı olan John Adams aracılığıyla esere mal edilmiştir. Bkz: Kumar (n 17) 110-111.

⁷⁹ Nevins ve Commager (n 2) 101.

yaptıkları antlaşmalar dikkate alındığında hükümdar ile tebaa arasındaki toplumsal sözleşmeyi bozmuştur ve Britanya Tahtı ile Amerika arasındaki anlaşmanın ihlali sonucu yeni bir anlaşma yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Bildiri’de, bu hakları koruyacak, otoritesini yönetilenlerin rızasından alan hükümetlerin kurulması ve bu hükümetlerin amaçlarını yerine getiremediği durumlarda halkın yeni bir hükümet kurma hakkı olduğu belirtilmiştir⁸⁰. Benzer şekilde kolonilerin yaptıkları anayasalarda da Magna Carta ve Bill of Rights ilkeleriyle birlikte doğal hukuk ve sosyal sözleşme görüşlerinin yansıtıldığı söylenebilir⁸¹. Bu meyanda

⁸⁰ Bildiride İngiltere Kralı’nın yönetiminin tarihinin “devletler” (states) üzerinde mutlak nitelikte tiranlık tesis etmeye yönelik haksızlık, zararlar ve gasplar tarihi olduğu belirtilerek İngiltere ile bağların kesildiği ifade edilmiştir. Buradaki bağımsızlık ilanı, devlet olma süreci ve İngiltere olan ilişkilerin mahiyeti tartışma konusu olmuştur. Amerikalıların bakış açısına göre Bildiri, yeni birleşen kolonilere hem iç hem de uluslararası alanda serbest ve bağımsız varlıklar olarak hareket etme hakkı ve iktidarını tanımıştır. Bildiri tarihinden itibaren Kongre’de alınan kararlar, kanun gücünde kabul edilmiştir. Örneğin *Story*, Bildiri’nin en yüksek otorite tarafından yapılan bir işlem olduğunu, İngiltere ile olan tüm siyasi bağların ve tabiiyetin sona erdiğini belirtmiştir. Bu değişim sadece fiiliyatta değil, hukuki ve anayasal terimlerle de tanınmıştır ve mahkemeler tarafından destek görmüştür. Uluslararası hukuk açısından *Ferguson* ve *McHenry*’e göre, Amerikan bağımsızlığını hukuki olarak tanıyan Fransa ve Hollanda dışında, diğer milletler tanıma ve elçileri kabul konusunda tereddüt göstermiş, ancak 1783 tarihli Versay Antlaşmasından sonra durum hukuki meşruiyet kazanmıştır. Bildiri ile birlikte ortaya tek bir devlet mi yoksa on üç ayrı devlet mi ortaya çıktığı konusunda ise bir kısım görüşler “özgür ve bağımsız devletler... tam bir iktidarı haiz bulunduğu...” ibaresinden yola çıkarak ayrı devletlerin varlığından, diğer görüşler ise “... bu kolonilerin iyi kalpli insanları adına ve onun iktidarıyla... Genel Kongre’de toplanmış Amerika Birleşik Devletleri temsilcileri olan bizler...” ibaresinden hareketle tek devletin varlığını ileri sürmüşlerdir. *Story*, bu konuda münferit hükümetler veya temsilciler tarafından değil, ortak hedefe ulaşmayı amaçlayan Birleşik Devletler halkı tarafından seçilen temsilciler aracılığıyla yapılmış kolektif ve keza halkın yeni bir hükümet kurma veya değiştirme hakkından kaynaklanan temel bir egemenlik eylemi olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla söz konusu çaba herkesin menfaatini gözetken kolektif bir çaba olarak ortaya çıkmıştır. Bölgesel yönler göstermek ve “devletlerin” neredeyse bağımsız şekilde hareket etmelerine rağmen hukuki anlamda hâkim görüş, Bildiri’nin tek bir milletin varlığına işaret ettiği ve “devletlerin” bağımsızlığının bölgesel yönetimle sınırlığı olduğu yönünde belirlemiştir. Nitekim daha sonraları Amerikan Yüksek Mahkemesi, İngiliz yönetiminin sona ermesiyle birlikte dış egemenlik hakkının Kraliyet’ten Amerika Birleşik Devletleri olarak birlikte hareket eden kolonilerin müşterek iktidarına intikal ettiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aybay (n 5) 110-111; Crozat (n 38) 53-56.

⁸¹ Göze (n 38) 527. Magna Carta’nın orijinal hali ve özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendiren 29. kısmı kolonilerin ilan ettikleri haklar bildirilerine ve yapmış oldukları anayasalara önemli ölçüde entegre edilmiştir. Bu kapsamda işlenen suçlara ilişkin yargılamaların suçun işlendiği bölgede teşkil edilecek jüri tarafından gerçekleştirileceğinin hükme bağlanması, özgürlükten alıkonmanın yalnızca kanun uyarınca ve kişinin akranlarının kararı ile mümkün olabileceğinin ifade edilmesi ve aşırı para cezaları ile zalimane ve alışılmadık cezaların yasaklanması bu etkiyi göstermektedir. Kaza adaletin satın alınamayacağı, reddedilemeyeceği veya geciktirilemeyeceği de belirtilen ilkeler arasında yer almıştır. 1779’da Massachusetts’te *John Adams*, kamunun selametine adanmış bir hükümetin bireyler tarafından değil, yasalar tarafından

İngiltere krallarının koloni halkı üzerinde hiçbir zaman sahip olmadığı hakların, aslında karşılıklı menfaatler temelinde yapılan bir sözleşmeyle halka ait olduğu ve bu sözleşmenin, bir tarafın itaati ile diğer tarafın himayesini şart koşan, karşılıklı bağ kuran iki temel yükümlülüğü içerdiği vurgulanmış, söz konusu yükümlülüklerden herhangi birinin yerine getirilmemesi durumunda ise bu sözleşmenin geçersiz hale geleceği belirtilmiştir. Maryland Anayasası, meşru hükümetin halktan geleceğini ve yalnızca sözleşmeye dayanarak ve kamunun iyiliği için kurulduğunu belirtmiştir. Massachusetts Anayasası siyasi topluluğun rızasıyla birleşen kişilerden oluştuğunu, halkın tek vatandaşla ve tek vatandaşın da bütün halkla müşterek menfaati sağlamak üzere yapılmış kanunlarla idare edildikleri konusunda anlaşmalarını ortaya koyan sosyal sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Delaware ve Pennsylvania anayasaları ise sözleşmeyi belirtmekle birlikte doğal ve vazgeçilmez haklara atıfta bulunmuştur⁸².

Bağımsızlık savaşının nasıl sonuçlanacağı iki faktör ekseninde şekillenmiştir. İngiltere açısından zafer, sadece askeri bir başarı değil, imparatorluk otoritesinin yeniden tesisi ile Amerikalıların müstakbel sadakatini sağlama bakımından siyasi bir başarıyı da gerekli kılmıştır. Diğer bir deyişle İngiltere'ye sadık kalanlardan baskın bir konuma gelmeleri ve gelecekteki Anglo-Amerikan ilişkileri için uygun bir ortam hazırlaması beklenmiştir. Ancak planlar gerçekleşmemiş ve sadık kalanlar, kendilerine göre daha tutkulu ve hareketli olan radikallere kıyasla moral ve siyasi üstünlüğü sağlayamamışlardır. 1778 yılına gelindiğinde İngiltere, Amerika'nın bağlılığı için verdiği mücadeleyi büyük ölçüde kaybetmiş ve bağımsızlık hizipleri aşarak milli bir dava haline gelmiştir. Siyasi kayıp askeri cepheyle telafi edilmeye çalışılmışsa da Fransa, İspanya ve Hollandalıların isyankârlar lehine devreye girmesi savaşın kaderini tayin etmiştir. Limanlardaki İngiliz ablukası kırılarak kara güçleri ile donanma arasındaki bağ koparılmış, muharebe sahalarındaki zaferlerle İngiliz nüfuzu erimiştir. Henüz 1782'deki barışa dair ön görüşmelerde Birleşik Devletler'in bağımsızlığı tanınmıştır⁸³. Amerikalılar, Fransa ile olan

yönetilmesi gerektiğini ilan etmiştir. Bu ilke, monarşi veya Parlamento tarafından sık sık ihlal edilen ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini geri almak zorunda kalmasına yol açan Magna Carta'nın amaçlarını yansıtmıştır. Bağımsızlık mücadelesi veren koloniler, hak ve özgürlüklerini açıkça ifade ederek ve yeni anayasalarda yasama organlarının iktidarını sınırlandırarak bu tür sonuçları önlemeyi hedeflemiştir. *Adams*'ın katkısı, 1780 Massachusetts Anayasası'nın en az üç hükmünün Magna Carta'ya dayandırılmasını sağlamada önemli bir rol oynamıştır. Bkz: Dickinson (n 34) 95-96.

⁸² Crozat (n 38) 57-58.

⁸³ Fieldhouse (n 36) 111-112.

anlaşmalarına sadık kalarak, başlangıçta İngiltere ile ayrı bir barış anlaşması yapmaktan tereddüt etmişlerdir. Ancak, Fransa'nın İspanya lehine Amerika'ya karşı tavizler verebileceğini fark ettiklerinde, 1783'te İngiltere ile Paris Antlaşması'nı imzalamışlardır. Bu hamle, Versay hükümetini rahatsız etmiş, ancak Benjamin Franklin'in Fransa'daki becerikli politikasıyla sorun çözülmüştür. 3 Eylül 1783'te resmileşen Paris Antlaşması, Amerika'ya bağımsızlık ve Atlantik'ten Mississippi'ye kadar olan topraklarda tam egemenlik kazandırmıştır. İngiltere ve Amerika arasındaki mevcut anlaşmazlıkların çözülmesiyle, aralarındaki ırk birliği hatırlanmış ve yeni bir dostluk devresine girilmiştir⁸⁴.

Savaş ile gelen bağımsızlıktan sonra mevcut on üç koloni on üç devlet haline gelmiştir. Ancak bu devletleri birbirine bağlayan Kongre'nin otoritesi zayıf bir görünüm sergilemiş; zaman zaman birbirini kıskanan, birbirine düşman ve daha güçlü bir otorite altında toplanmayı pek de arzulamayan devletler için basit bir çerçeveden öteye geçememiştir. Savaş sırasında müşterek düşmana karşı yakınlaşan koloni halkları savaştan sonra kendi bölgesinin kimliği ile yetinmek ihtiyacı hissetmiştir⁸⁵. Ancak devrim, varlıklı ve ayrıcalıklı kesimlere verilen değeri azaltarak eşitlik ve adaleti toplumsal yapıda öne çıkarmıştır. Başlangıçtaki birleşmeye yönelik işaretlerin azlığına rağmen zamanla bir milletin oluşumunu mümkün kılacak gelişmeler yaşanmıştır. Kıta coğrafyasının sunduğu kaynaklar ve ekonomik potansiyel, dış müdahalelerin azalmasına ve iç meselelerin ele alınmasına olanak tanımıştır. 1780'li yıllardaki ticaret krizinin yol açtığı anayasal krizle siyasi anlamda varlığını sürdürmesine şüpheyle yaklaşılan Birleşik Devletler fikri, her şeye rağmen ekonomik yönlerin yanı sıra, yerleşimcilerin bağımsızlığı ile özgürlük, serbest ticaret ve eşitliği destekleyen bir ideoloji olarak cumhuriyetçilik ilkelerini simgelemiştir. Özgürlük ve eşitlik meselelerinin bu şekilde ele alınışı, küresel öneme sahip bir yerleşimci bağımsızlığı modeli doğurmuştur⁸⁶. Bu ortamda birleşme umutları da terk edilmemiş ve önce konfederasyon, daha sonra federasyon şeklinde gerçekleşmiştir.

SONUÇ

Amerika kıtasının keşfinden sonraki süreçte İngilizlerin bölgeye olan ilgisi çeşitli yazarlar, bilginler ve emperyal genişleme taraftarlarının monarşiyi yönlendirmesiyle gerçekleşmiştir. Kıta, ütopyik yazarlar tarafından yeni ve İngiltere'ye

⁸⁴ Lütem (n 4) 37; Roberts (n 32) 716-717.

⁸⁵ Lütem (n 4) 38-39.

⁸⁶ Nevins ve Commager (n 2) 135; Roberts (n 32) 717; Wallerstein (n 51) 250.

göre daha adil bir düzenin kurulmasının mümkün olduğu bir ülke olarak algılanmış, *John Locke* gibi düşünürler yerleşimi hukuki ve siyasi anlamda meşru kılmak için fikirler geliştirmiştir. Bununla birlikte coğrafyacılara, matematikçilere ve tarihçilere Amerika üzerindeki emperyal rekabette İngiltere'nin argümanlarını güçlendirmek için arayışlara girmişlerdir. Nitekim keşif, yeni sorunları da beraberinde getirmiş; bu alanın ilk öncülerinden İspanya ve Portekiz'in Papalık eliyle yapmış olduğu paylaşım Fransa, Hollanda ve İngiltere gibi diğer aktörlerin katılımıyla yeniden ele alınmak zorunda kalmıştır. Bu dönemde geliştirilen "*keşif doktrini*" ile Hristiyan bir hükümdar tarafından yönetilmeyen topraklarda, keşfeden gücün tesis ettiği kontrol ve otorite tanınmıştır. Keşif ve işgalle birlikte bunları gerçekleştiren Avrupalı millet söz konusu bölge üzerinde önemli haklar elde etmiş, keşfedilen bölgede yaşayan yerlilerin hakları ise büyük ölçüde göz ardı edilmiştir. Topraklarını verimli kullanmadıkları veya Avrupalılarla ticarete yanaşmadıkları gibi gerekçelerle yerliler, mülkiyet ve yönetme haklarından mahrum bırakılmıştır. Bu gelişmelerle birlikte mülkiyeti elde edildiği ileri sürülen topraklarda yönetme hakkının da doğduğu fikri güçlenmiştir.

İngilizler, ilk başlarda ticaret yapmak amacıyla ilişkiler geliştirdiği Amerika'nın kuzey bölgelerinde zamanla kalıcı olmayı hedeflemişlerdir. Yerlilerle olan mücadelelerinde ısrarcı davranışları ve teknolojik avantajlarını kullanmaları neticesinde kendilerine okyanustan iç bölgelere doğru alanlar açmışlar; çatışmalar, iş birlikleri, satın alım anlaşmaları gibi yollarla ilerlemelerini sürdürmüşlerdir. Bu ilerleme sonucunda İngiltere'de yaşayan ve yoksulluktan, iç çekişmelerden, bitmek bilmeyen savaşımlardan, fakirlikten, dini ve sosyal baskılardan bunanan pek çok kişi aileleri ve mallarıyla birlikte yeni bir hayat kurmak üzere Amerika'ya göç etmiştir. Kraliyet tarafından verilen beratlarla gerçekleştirilen bu göçler, söz konusu belgelerin seyahat kurallarını, takip edilecek yolları, taşınacak şeyleri, gidenlerin görevlerini belirlediği ölçüde göçlere hukuki bir zemin, düzen ve istikrar kazandırmıştır. Bu yolla Amerika'ya gidenler kendileri, aileleri ve mallarıyla birlikte hukuki, siyasi ve dini geleneklerini de götürmüştür. Büyük çoğunluğu Anglo-Saksonlardan oluşan bu topluluklar hukukun üstünlüğü, mahalli özerklik, temsil sistemi, imtiyaz ve özgürlükler ile donatılmıştır. Kral'ın tebaası olmaya devam eden ve İngiltere'deki İngilizlerin sahip olduklarına denk haklara sahip olan yerleşimciler, XVIII. yüzyılda sayısı on üçü bulan koloniler dahilinde kendi kurumlarıyla temayüz etmişlerdir. Kral'ın tayin ettiği bir vali ve ona bağlı bir konseyin yanında kolonilere kendi kendilerini idare edebilme noktasında yasa yetkisinin tanındığı meclisler verilmiştir. Böylece İngiltere'ye yerleşimciler eliyle uzak coğrafyalarda egemenlik hakkı kazandıran beratlar, bu egemenliğin

yansımaları noktasında haklar bahşederek ve siyasi bir organizasyon kurarak Amerika'daki anayasacılığın öncüsü olmuş; yerleşimciler tarafından büyük bir hürmet ve kutsallıkla karşılanmıştır.

Kuzey Amerika'daki İngiliz varlığı, yerleşim koloniciliğinin önemli bir örneğini oluşturmuştur. Bir bölgeyi ele geçirip oradaki insanları ve coğrafyayı ölçsüzce tüketen istismara dayalı kolonicilikten farklı olarak yerleşim koloniciliği bölgeyi yerlilerden arındırarak dönüştürmeyi amaçlamaktadır. Yerlilerin varlığı ile birlikte toprak ve doğa ile olan ilişkileri de silinmekte, yerleşimcilerin kimlikleri ve tasavvurları sirayet ettirilmektedir. İngilizler de Amerika'daki yerli halklara karşı bir imha ve süpürme faaliyetine girişmiş, kurmuş oldukları kolonileri mümkün olduğunca İngiltere'deki düzene uygun hale getirmeye çalışmıştır. Yerli varlığın reddi ve uzaklaştırılmasıyla ihtiyaç duyulan işgücü Afrika'dan getirilen kölelerden temin edilmiştir. Böylece sosyal yaşantısıyla, ekonomisiyle, mimarisiyle ve şehir-ciliğiyle İngiltere'dekinin kopyası yerleşim yerleri köle emeğinden istifade edilerek oluşturulmuştur. İngiltere'deki yer adları başına "yeni" sıfatı eklenerek veya önemli şahsiyetlerin isminden esinlenerek şehirler kurulmuş, bu kuruluş süreci çeşitli anlatılarla efsaneleştirilmiş ve tüm bunların neticesinde bir yerleşimci kimliği meydana getirilmiştir.

Yerleşim koloniciliği egemenlik kavramıyla da ilişkilidir. Yerleşimin gerçekleştirilmesiyle hükümdar adına kurulan egemenlik yerleşimciler ve yerleşim bölgesindeki kurumlar tarafından hayata geçirilmektedir. Toprak üzerindeki mülkiyetle bağdaşmış bu egemenlik anlayışı, yerleşimi göçten farklı kılmaktadır. Bir yere gidip oranın düzeni içerisinde kendisine bir hayat kurmaya çalışan göçmenlerden farklı olarak yerleşimciler, emperyal bir otorite adına yerlilerinkine rakip bir egemenlik ilan etmekte ve uygulamaktadır. Böylece yerlilerin oradaki varlıklarından kaynaklanan egemenliği, metropolün teorik anlamdaki egemenliği ve yerleşimcilerin metropol adına yürüttüğü egemenlik iç içe geçmiş haldedir. Zamanla bu karmaşa yerleşimcilerin egemenliği kendilerine mal etmeleri şeklinde bir yöne evrilerek bağımsızlık mücadelelerinin önünü açmaktadır. Hükümdarın tebaası ile olan şahsi bağları, yerleşimcilerin toprak mülkiyetinden doğan hakları ve yerlilerin daha ziyade sosyal, kabilevi ve ailevi otoriteleri arasında yerleşimciler yerlileri uzaklaştırarak ve hükümdar ile tabiiyet ilişkisini kopararak egemenliğini elde edebilmiştir.

Kuzey Amerika örneğinde bu durum Yedi Yıl Savaşları'nı takip eden dönemde İngiltere'nin koloniler üzerindeki mali tedbirlerini artırma arayışına kolonilerin itirazı ile söz konusu olmuştur. İngiltere'deki Parlamento'nun

kolonilerden gelen gelirleri artırmak için giriştiği kanunlaştırma faaliyeti kolonilerin yetki konusunu gündeme getirmelerine neden olmuş; koloniler böyle bir vergilendirmenin kendi meclisleri tarafından yapılacak kanunlarla mümkün olabileceğini savunmalarına karşılık İngilizler Parlamento'nun imparatorluğun bütün coğrafyası üzerinde yasama yetkisine sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir. Metropolün koloniler ile ilişkisini geliştiren şartlara uyarılma konusunda yetersiz kalması meselenin çözülmesini geciktirmiştir. Savaşlar sırasında askeri anlamda rüşünü ispatlayan koloniler, ekonomik ve siyasi yapılarıyla adeta bir devlet hacmini yakalamış olmanın verdiği özgüvenle İngiltere'ye kafa tutmuş ve devlet gibi muamele görmeyi talep etmişlerdir. Ancak karşılıklı talepleri uzlaştıracak dönüşümler olmamış ve iddialarında ısrarcı olan taraflar arasındaki düşük yoğunluklu mücadeleler bir savaş halini almıştır.

Koloniler İngiltere'ye karşı bağımsızlık mücadelelerinde birleşme yoluna gitmişlerdir. Kongreler çizgisinde ilerleyen bu süreçte radikal unsurlar muhafazakarlara ağır basmış, kolonilerin tamamının yer aldığı topyekûn bir savaş yürütülmüştür. Kongrelerde alınan kararlar başlangıçta Kral'a olan sadakati dile getirse de yaşanan gelişmeler söylemi değiştirmiş; kralların gasp ve zulümlerinin sona erdirilmesi gerektiği "*sosyal sözleşme*" ile "*direnme hakkı*" çerçevesinde Bağımsızlık Bildirisi ve koloni anayasalarında ilan edilmiştir. Böylece koloniler İngiltere'den ayrılarak bağımsız devletler olarak yollarına devam etme iradelerini açıkça ortaya koymuştur. Devam eden savaşta ibreler Hollanda ve Fransa'nın desteğiyle yerleşimciler lehine dönmüş, nihayet 1783'te yapılan Paris Antlaşması ile İngiltere'nin savaşı kaybettiği ve kolonilerin bağımsızlığını tanıdığı tescillenmiştir. Bu noktadan sonra koloniler savaş için gösterdikleri birleşme iradesini çeşitli zorluklara rağmen siyasi olarak da göstermiş, önce konfederasyon, daha sonra federasyon şeklinde bir araya gelerek Amerika Birleşik Devletleri'ni kurmuşlardır. Böylece İngiltere'ye bağlı bulunduğu sırada tesis edilemeyen merkez-çevre yetki dengesi federasyon ile sağlanmış; kolonilerin bağımsızlıklarına olan düşkünlükleri uyumlu bir yapı içerisinde korunmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akbay M, 'Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi' (1950) 7 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18-39
- Anghie A, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004)
- Arneil B, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism* (Oxford University Press 1996)
- Arsel İ, *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Birinci Kitap: Demokrasi)* (Güven Matbaası 1955)
- Aybay R, *Genel Kamu Hukuku Devlet (18.-20. Yüzyıl)*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2017)
- Bacon F, *The New Atlantis* (The Floating Press 2009)
- *Essays or Counsels, Civil and Moral* (The Floating Press)
- Berner M L, 'Utopias of the English Revolution' in *Journey Through Utopia: A Critical Assessment of Imagined Worlds In Western Literature* (PM Press 2019)
- Bertrand L, *İspanya Tarihi* (Kanaat 1940)
- Black J, *İngiltere Tarihi* (Doğu Batı 2020)
- Burbank J ve Cooper F, *İmparatorluklar Tarihi* (İnkılâp 2018)
- Clark D S, 'Comparative Law in Colonial British America' (2011) 59 (3) The American Journal of Comparative Law 637-674
- Convay S, 'British Governments, Colonial Consumers, and Continental European Goods in The British Atlantic Empire, 1763 - 1775' (2015) 58 (3) The Historical Journal 711-732
- Craven M, 'Colonialism and Domination' in Bardo Fassbender and Anne Peters (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2012)
- Crow M, 'Atlantic North America from Contact to the Late Nineteenth Century' in Edward Cavanagh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016)
- Crozat C, *Amme Hukuku Dersleri: XVIII. Asrın Sonunda Avrupa ve Amerika Siyasi Müesseselerinin Karakteristik Vasıfları - Büyük Fransız İhtilali ve Devlet Mefhumu Üzerindeki Tesirleri* (Talat Altın Matbaası 1949)
- Dickinson H T, 'Magna Carta in the American Revolution' in Lawrence Goldman (ed), *Magna Carta: History, Context and Influence* (University of London Press 2018)
- Erece B, *Deniz aşırı Sömürge İmparatorluklarında Egemenlik Sorunu* (Yetkin 2023)
- Esen B N, *Anayasa Hukuku* (Arbas Matbaası 1948)

- Ferro M, *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl - 20. Yüzyıl* (İmge 2017)
- Fieldhouse D K, *The Colonial Empires: A Comparative Survey from the Eighteenth Century* (The Macmillan Press 1982)
- Finley M I, 'Colonies: An Attempt at a Typology' (1976) 26 Transactions of the Royal Historical Society 167-188
- Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (15. Baskı, Beta 2015)
- Greer A, 'Settler Colonialism and Empire in Early America' (2019) 76 (3) The William and Mary Quarterly 383-390
- Güngör G, *Sömürgeciler 1* (Cinius 2019)
- Harrington J and Pocock J.G.A. (ed), *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics* (Cambridge University Press 2008)
- Hixson W L, *American Settler Colonialism* (Palgrave Macmillan 2013)
- Holstun J, *A Rational Millennium: Puritan Utopias of Seventeenth-Century England and America* (Oxford University Press 1987)
- Howe S, *İmparatorluk* (Dost 2015)
- Johnson H A, 'English Statutes in Colonial New York' (1977) 58 (3) New York History 277-296
- Johnston A and Lawson A, 'Settler Colonies' in Henry Schwarz and Sangeeta Ray (eds), *A Companion to Postcolonial Studies* (Blackwell Publishing 2005)
- Jowitt C, "Books will speak plain"? Colonialism, Jewishness and Politics in Bacon's New Atlantis' in Bronwen Price (ed), *Francis Bacon's New Atlantis: New Interdisciplinary Essays* (Manchester University Press 2002)
- Kumar K, *Ütopyacılık* (İmge 2005)
- Lawson R M, 'Anglicans on the Frontier: The Great Commission and the Exploration and Colonization of North America' (2018) 87 (2) Anglican and Episcopal History 180-204
- Luraghi R, *Sömürgecilik Tarihi* (E 2019)
- Lütem İ, *Amerikayı Tanıyalım* (Milli Eğitim Basımevi 1966)
- Mattelard A, *Gezegensel Ütopya Tarihi: Kehanetsel Kentten Küresel Topluma* (Ayrıntı 2005)
- McCarthy F, 'Participatory Government and Communal Property: Two Radical Concepts in The Virginia Charter of 1606' (1993/1995) 28/30 Irish Jurist 270-306
- Miller R J, *"The Doctrine of Discovery", Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies* (Oxford University Press 2010)

- Miller R J and Stitz O, *The International Law of Colonialism in East Africa: Germany, England, and the Doctrine of Discovery*, (SSRN Electronic Journal 2021)
- Mumford K, 'After Hugh: Statutory Race Segregation in Colonial America, 1630-1725' (1999) 43 (3) *The American Journal of Legal History* 280-305
- Moore M, 'The Taking of Territory and the Wrongs of Colonialism' (2019) 27 (1) *The Journal of Political Philosophy* 87-106
- More T, *Ütopya* (Alfa 2014)
- Nevins A ve Commager H S, *ABD Tarihi*, (Doğu Batı 2017)
- Newby-Alexander C, 'The Arrival of the First Africans to English North America' (2019) 127 (3) *The Virginia Magazine of History And Biography* 186-199
- Nine C, *Sharing Territories: Overlapping Self-Determination and Resource Rights* (Oxford University Press 2022)
- Okandan R G, *Umumi Amme Hukuku Dersleri* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969)
- Oliver P C, "'Dominion Status": History, Framework and Context' (2019) 17 *International Journal of Constitutional Law* 1173-1191
- Osterhammel J, *Colonialism: A Theoretical Overview* (Third Printing, Markus Wiener 1999)
- Reid J G. and Peace T, 'Colonies of Settlement and Settler Colonialism in Northeastern North America, 1450-1850' in Edward Cavanagh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016)
- Richter D K, 'Mid-Atlantic Colonies, R.I.P.' (2015) 82 (3) *Pennsylvania History: A Journal of Mid-Atlantic Studies* 260-281
- Roberts J M, *Dünya Tarihi II. Cilt*, (İnkılâp 2011)
- Romney S S, 'Settler Colonial Prehistories in Seventeenth-Century North America' (2019) 76 (3) *The William and Mary Quarterly* 375-382
- Saito N T, *Settler Colonialism, Race, and the Law: Why Structural Racism Persists* (NYU Press 2020)
- Sánchez R and Pita B, 'Rethinking Settler Colonialism' (2014) 66 (4) *American Quarterly* 1039-1055
- Sargent L T, 'Utopianism in Colonial America' (1983) 4 (3) *History of Political Thought* 483-522
- Schmitt C, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (Telos Press Publishing 2006)
- Smallwood S E, 'Reflections on Settler Colonialism, the Hemispheric Americas, and Chattel Slavery' (2019) 76 (3) *The William and Mary Quarterly* 407-416

- Smith H F R, *Harrington and his Oceana: A Study of a Seventeenth Century Utopia and Its Influence in America* (Cambridge University Press 1914)
- Smith S, 'The New Atlantis: Francis Bacon's Theological-Political Utopia?' (2008) 101 (1) *Harvard Theological Review* 97-125
- Steinmetz G, 'The Sociology of Empires, Colonies, and Postcolonialism' (2014) 40 *Annual Review of Sociology* 77-103
- The First Charter of Virginia; April 10, 1606, Bkz: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/va01.asp
- Thomas D A, 'Anglo-American Land Law: Diverging Developments From A Shared History: Part II: How Anglo-American Land Law Diverged After American Colonization And Independence' (1999) 34 (2) *Real Property, Probate and Trust Journal* 295-361
- Tomlins C, 'The Legalities of English Colonizing Discourses of European Intrusion upon the Americas, c. 1490-1830' in Shaunnagh Dorsett and Ian Hunter (eds), *Law and Politics in British Colonial Thought* (Palgrave Macmillan 2010)
- - 'The Legal Cartography of Colonization, the Legal Polyphony of Settlement: English Intrusions on the American Mainland in the Seventeenth Century' (2011) 26 (2) *Law & Social Inquiry* 315-372
- Tunaya T Z, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku: 1965 - 1966 Ders Yılı Notları* (Sulhi Garan Matbaası 1966)
- Veracini L, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview* (Palgrave Macmillan 2010)
- - 'Introduction: Settler Colonialism as a Distinct Mode of Domination' in Edward Cavanaugh and Lorenzo Veracini (eds), *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism* (Routledge 2016)
- Wallerstein I, *Modern Dünya Sistemi* (Yarın 2011)
- Young R J, *Postkolonyalizm: Tarihsel Bir Giriş*, (Matbu 2016)

Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi^(*)

Prof. Dr. Faruk TURHAN^(**)

Öz

Muhakemeye katılanlarca hakimin reddi talebinin kötüye kullanılarak davaların uzamasını önlemek amacıyla ret talebinde bulunmaya süre yönünden sınırlama getirilmiş, ret talebinin reddedilen hakim tarafından geri çevrilmesi kabul edilmiş, ret talebinin yapılmasından bu konuda karar verilmeye kadar mahkemenin hangi işlemleri yapabileceği ve ret talebinin kabulü ve reddinin sonuçları Kanunda detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki en önemli haklardan olan karar verecek hakimlerin tarafsızlığını sağlamak için öngörülen söz konusu hükümlere uygulamada yeterince uyulmadığı ve muhakemeye katılanlarca ret usulüne ilişkin detaylarının yeterince bilinmediği görülmektedir. Uygulamada ret sebeplerinin bulunup bulunmadığı detaylı

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.11.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2023.

Atıf Şekli: Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1049, 1138.

DOI: 10.52273/sduhfd..1395887.

Almanca kısaltmalar: Kn.= Kenar numarası; BGH= Federal Alman Yüksek Mahkemesi; BVerfG = Federal Alman Anayasa Mahkemesi; BGBI = Federal Alman Resmi Gazetesi, OLG = Eyalet Yüksek Mahkemesi; Bschl. = Karar; BVerfGE = Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları; BeckRS = Beck-Rechtsprechung, LG = Landgericht

Çalışmada ayrıca belirtilmediği sürece atıf yapılan Yargıtay kararları, kazancı.com karar bankası veya Yargıtay karar sayfasından alınmıştır.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: farukturhan@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4250-4675>.

bir şekilde incelenmeden ret talebinin reddedilen hakim veya onun katılımı ile geri çevrildiği görülmektedir.

Bu çalışmada, hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterebilecek hallerde red-dine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu md. 24 ve devamındaki düzenlemeler kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve Alman uygulaması da dikkate alınarak eleştirel bir şekilde incelenmekte, tespit edilen hatalı düzenleme ve uygulamaya ilişkin önerilerde bulunmaktadır. Bu kapsamda önce kimlerin ret talebinde bulunma hakkı olduğu ve ret talebinin ne zamana kadar ileri sürülebileceği incelenmekte, arkasından ret talebinin reddedilen hakim tarafından kabul edilmez bulunarak geri çevrilmesine ilişkin şartlar ve bu konudaki sorunlu düzenlemeler ele alınmaktadır. Yine ret talebinin esası hakkında karar verecek olan mahkeme ve bu mahkemenin kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları açıklanarak, bu konudaki sorunlara ilişkin detaylı değerlendirmeler yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Hakimin Tarafsızlığı, Ceza Muhakemesinde Hakimin Reddi, Ret Talebinde Bulunma Süresi, Ret Talebinin Geri Çevrilmesi, Ret Talebinin Esastan İncelenmesi.

An Examination and Criticism of the CPC Regulations about the Motion to Disqualify the Judge on the Grounds of Doubt Concerning his Impartiality in the Light of Doctrine and Practice

Abstract

In order to prevent the prolongation of the trial by abuse of challenge of judge by the parties; a time limit has been set to use this right, the authority to reject the request as inadmissible given to the judge who has been challenged, the authority of the judge in the process between the challenge request and decision about this request and the consequences of approval or denial of the request has been regulated with detail in the Code. But in the practice, it's seen that - one of the most important provisions that has been regulated to establish fair trial and neutrality of the judges - the regulations about the challenge of judge are not complied with thoroughly, and not known enough by the trial parties. In practice, the judges themselves or commissions including this judge reject the request as inadmissible without properly investigating the allegations.

In this study, the regulations of Turkish Criminal Procedure Code article 24 *et seq* about the challenge of judge in circumstances which one may rightfully doubt the neutrality of the judge, criticized and examined comparatively with the source German Criminal Procedure Code and German practice; and suggestions are made regarding the identified faulty regulations and practices. In this context, firstly the time for using the right to challenge the judge and owners of this right, secondly the conditions for "rejecting as inadmissible" the request by the judge and problematic regulations about this has been examined. Also, the authorized court to examine the request and remedies against this court has been examined and detailed evaluations about this has been put forward.

Keywords

Impartiality of the Judge, Challenge of Judge in the Criminal Procedure, Time for Challenging the Judge, Rejection of the Challenge as Inadmissible, The Examination on the Merits of the Challenge of the Judge.

Extended Summary

The impartiality of the judge means that the judge must be neutral to the parties of the trial, in other words the judge must be on equal position against the parties, unbiased, without prejudice and impersonal. In some cases, Turkish Criminal Procedure Code (CPC) prohibited the judge from hearing in order to ensure the judges impartiality (articles 22-23). In some other cases, if there are reasons to doubt the judges' impartiality, challenge of judge procedure is regulated (article 24/1). In both situations parties have the right and authority to request the judges' recusation. The subject of this study is procedure of the challenge of judge in situations justify that doubting judges' impartiality is in danger. Special cases about judges' prohibition from hearing are also examined in this study.

The regulations regarding the same matter of source German Criminal Procedure Code (German CPC) are mostly parallel with the CPC article 24 *et seq* - which regulates rejection procedure for reasons that may cast doubt on the impartiality of the judge - but the source law has seen some recent amendments. To help understanding the CPC regulations, the source German CPC regulations and amendments, German doctrine and practice has been considered whenever possible.

According to CPC article 24/2, the Public prosecutor, the suspect, the accused or their defence counsel, the intervening party or his representative shall have the right to request the disqualification of the judge. By mentioning the suspect and the accused together, the text of the law hints that the judge authorized in the stage of investigation can also be rejected by the suspect. The text of the law mentions only "the intervening party or his representative" so it shall be understood that unless he/she obtains the title of intervening party, the victim can not reject the judge. There is no justifiable motive of not giving to the victim the right of rejecting the judge while giving this right to the suspect in the stage of investigation. Because of that, article 24/2 must be amended and the right of rejecting the judge must be given to the victim in the stage of investigation.

The people eligible to use the right to reject the judge may know these grounds of doubt before the trial starts. In order to prevent the delays in the trial and carry out the ongoing proceeding without recess, the time limit set to use the right to reject must be shortened so that motions must be made before the explaining of the indictment. In the cases where more than one accused stand trial, each accused may use this right before his/her own examination starts. But this situation is vulnerable if there are too many accused because the latter accused can use this right too late and the trial may delay. Because of this, a regulation which issues that all the accused must use their right to reject the judge before the first accused's examination starts, is appropriate.

The person putting forward the motion for challenge must support his/her grounds with facts (article 26/2). But for the challenge, the judge is not necessary to be really partial. So the party challenging the judge doesn't have to prove his/her grounds, the possibility of this grounds is enough.

In article 31, three situations are regulated in which the challenge of the judge can be rejected by the judge him/herself or by a commission in which the judge is present. But

there is no rightful motive for accepting this procedure only in the stage of prosecution. This restriction shall be removed.

The rejection of the motion as inadmissible is also a decision of a court so according to article 34, a written motive required at the decision. The motion must be detailed so that in an event of opposition an examination on the merits may be possible. But in the practice, it's seen that rejection as inadmissible decisions seldom have adequate written motive, mostly repeating the law text.

If the rejection of the motion as inadmissible is opposed, proceeding the trial and giving a verdict with participation of the challenged judge without waiting the decision about the opposition, is a reason for reversal of the judgment.

The Court of Cassation Code article 39/3 sentence three regulation, which imposes that collective rejection requests that prevent meetings of chambers or commissions will not to be heard, is against the rule of impartiality of the judge which is under the protection of the ECHR and Turkish Constitution article 36, so this unconstitutional regulation must be abolished.

The decision on denial of motion for disqualification may be a subject of opposition; and the decision on the opposition may also be inspected together with the judgement (article 28). The ability to appeal is an appropriate regulation because in practice it's seen that motions for disqualification are being rejected without proper written motive and the remedy of opposition is not much efficient.

GİRİŞ

Hakimin tarafsızlığı, hakimin muhakemeye katılanlar bakımından objektif davranması, diğer bir ifade ile taraflara karşı eşit mesafede bulunması, tarafsız ve önyargısız olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesidir¹. Buna sübjektif tarafsızlık denmektedir ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK md. 22 vd.) öncelikle bu sübjektif tarafsızlığı sağlamaya yönelik düzenlemeler getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve bunu takip eden Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ayrıca objektif (nesnel) tarafsızlıktan da söz edilmekte ve bu tarafsızlık değerlendirmesinde “kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık izlenimi” dikkate alınmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı olan objektif tarafsızlığın varlığı için “mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi” gerekir.²

Ceza muhakemesi işlemlerini yapacak hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için CMK bazı hallerde hakimin davaya bakmasını kesin olarak yasaklamıştır. Doktrinde görev yasakları olarak ifade edilen ve CMK md. 22 ve 23’te sayılan bu haller bir başka çalışmamızda detaylı olarak incelenmiştir.³ Kanun koyucu hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren hallerde de reddi usulünü kabul etmiştir. Hangi hallerin hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirebileceği çalışmanın kapsamını genişletmemek için çalışma dışında bırakılmıştır.

Yargılama yapacak olan hakimin en önemli özelliklerinden birisi olan tarafsızlığını güvence altına almak için Kanunda hem görev yasaklarının bulunduğu hallerde hem de tarafsızlığı şüpheye düşürebilecek hallerde muhakemeye katılanlara hakimin reddini talep etme hak ve yetkisi verilmiştir. Bu husus md. 24/1’de hakimin “Hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.” denilerek ifade edilmiştir. Ancak görev yasağı veya tarafsızlığını şüpheye

¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Beta Basım Yayım 2020), 690; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022), 256; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023), 245; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Savaş Yayınevi 2019), 123.

² AYM, 16.12.2021, E. 2021/49, K. 2021/96: RG 09.03.2022-31773.

³ Faruk Turhan, ‘Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları’, (2018) XXII, (4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 129, 139 vd.

düşürecek bir durumun olduğunu düşünen hakimin kendisi de çekinme talebinde bulunabilir (md. 30/1-2). Mahkeme de üyeleri hakkında görev yasağı veya tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek durumları re'sen dikkate alıp incelemelidir.⁴ Söz konusu hallerde muhakemeye katılan sùjeler de hakimin çekinmesini isteyebilir ve çekinmediği takdirde de ilgili hakimin reddini talep edebilirler. Çalışmanın kapsamını sınırlandırmak amacıyla çekinme konusu incelenmeyecektir.⁵

Hakimin görev yasakları ile tarafsızlığını şüpheye düşürecek haller arasında önemli birtakım farklar olmakla birlikte,⁶ görev yasakları nedeniyle ret talebinde uygulanacak hükümler, bazı istisnalar hariç tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlere uygulanacak hükümlerle aynıdır. Çalışmanın konusu hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı ret usulünün incelenmesi olmakla birlikte görev yasakları nedeniyle redde ilişkin özel durumlara da kısaca değinilecektir.

Hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlere dayanarak ret usulüne ilişkin CMK md. 24 vd. hükümleri ile aynı hususları düzenleyen kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki (Alman CMK) düzenlemeler önemli oranda paralellik taşımakla birlikte, kaynak Kanunda son yıllarda önemli değişiklikler yapılmıştır. CMK'daki düzenlemelerin anlaşılmasında yararlı olacağı için mümkün olduğunca kaynak Alman CMK'daki düzenlemeler ve yapılan değişiklikler ile Alman doktrin ve uygulaması çalışmada dikkate alınacaktır.

Hakimin reddi talebinin kötüye kullanılarak davaların uzamasını önlemek amacıyla ret talebinde bulunmaya süre sınırlaması getirilmiş, ret talebinin reddedilen hakim veya onun katılımı ile mahkemece geri çevrilmesi kabul edilmiş, ret talebinden sonra mahkemenin hangi işlemleri yapabileceği ve ret talebinin kabulü ve reddinin sonuçları Kanunda detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki en önemli haklardan olan karar verecek hakimlerin tarafsızlığını sağlamak için öngörülen söz konusu hükümlere uygulamada yeterince uyulmadığı ve muhakemeye katılanlarca ret usulüne ilişkin detaylarının yeterince bilinmediği görülmektedir. Bu konuda verilmiş yüksek mahkeme kararlarının Alman uygulamasına göre neredeyse yok denecek kadar az

⁴ Hans-Heinrich Kühne, *Strafprozessrecht* (8. Bası, C.F. Müller 2010) 447, Kn. 736. Yazar, hakimler arasındaki mesleki dayanışmanın mahkemenin re'sen harekete geçerek söz konusu durumları incelemesine engel teşkil ettiğini belirtmektedir (bkz. aynı yerde).

⁵ Hakimin çekinmesi konusunda bkz. Turhan (n 3) 161 vd.; Şahin ve Göktürk (n 1) 250-251.

⁶ Bu konuda bkz. Turhan (n 3) 139 vd.

olması uygulamaya yön vermede yetersiz kalmasına neden olmaktadır. Çalışmada ret usulüne ilişkin kanundaki hükümler, bu konuda oldukça fazla yayın ve mahkeme kararı bulunan Alman hukuku ışığında detaylı olarak incelenecektir.⁷

Uygulamaya ilişkin bir diğer önemli eleştiri de reddedilen hakimlerin ret hususunu profesyonelce karşılamadıkları yönündedir. Hakimlerin, tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir nedenle haklarında yapılan bir ret talebine karşı genellikle mesleki onurlarına bir saldırı yapılmış gibi tepki verdikleri, ret talebi hakkında karar verecek hakimlerin de mesleki bir dayanışma içinde oldukları, bu nedenle uygulamada oldukça az sayıdaki ret taleplerinden çok azının başarı ile sonuçlandığı belirtilmektedir.⁸ Ampirik bir araştırmayı gerektiren bu eleştiriler çalışmada inceleme konusu yapılmayacaktır.

Ret talebinde bulunmaya md. 25'te getirilen süre sınırlamaları ilk bakışta sorunsuz gibi görünse de sürelerin başlangıç ve sona ermesine ilişkin hususlar detaylı incelenmelidir. Ayrıca söz konusu düzenleme kovuşturma evresindeki duruşmalarda söz konusu olduğu için bunun dışındaki hallerde hangi süreler içinde talepte bulunulabileceği sorunu da tartışmayı gerektirmektedir.

Uygulamada ret taleplerinin önemli bir kısmının esasına girilmeden kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrildiği dikkate alınarak md. 31'de düzenlenmiş olan ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi ve bu karara karşı kanun yolu detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Yine ret talebinin esastan incelenerek talebin reddi halinde itiraz, itirazın da reddi halinde istinaf ve temyiz kanun yolları kabul edildiği için (md. 28) bu hususların koşulları da detaylı bir incelemeye tabi tutulması gerekmiştir. Çalışmanın son kısmında ise uygulamada da bazı sorunların olduğu gözlenen, reddedilen hakimin talep hakkında karar verinceye kadar hangi muhakeme işlemlerini yapabileceği, talebin kabulü veya reddi halinde yapılmış olan muhakeme işlemlerinin geçerli olup olmadığı soruları üzerinde durulacaktır.

⁷ Çalışmada başvuru Alman Ceza Muhakemesi Kanunu şerhleri, makale ve mahkeme kararlarının çoğunluğu <https://beck-online.beck.de/> veri bankasından ulaşılmıştır. Alman hukukunda konu ile ilgili çok sayıda kaynak olmakla birlikte, bunlardan online ulaşma imkanı olanlar tercih edilmiştir. Ancak başvurulamayan literatür ve mahkeme kararlarının konu açısından önem taşımadığı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.

⁸ Kühne (n 4) 443-444, Kn.732.

I. RET TALEBİNDE BULUNMA YETKİSİ OLANLAR

Kimlerin ret talebinde bulunabileceği md. 24/2’de gösterilmiştir. Buna göre, “Cumhuriyet savcısı; şüpheli, sanık veya bunların müdafii; katılan veya vekili” ret talebinde bulunabilir.⁹

Kanunda sanık yanında ayrıca **şüpheliden** de bahsedilmesi soruşturma evresinde karar verecek olan hakimin de şüpheli tarafından reddinin istenebileceğini göstermektedir. Bu açıdan soruşturma evresinde karar verecek olan sulh ceza hakiminin reddi mümkündür.^{10,11} Soruşturma evresinde koruma tedbirlerine karar verecek olan sulh ceza hakiminin reddi, Cumhuriyet savcısının **soruşturmaya yer olmadığına** (md. 158/6) veya **kovuşturmaya yer olmadığına dair** (md. 172) **kararına** karşı suçtan zarar görenin yaptığı itiraz hakkında karar verecek (md. 173) olan sulh ceza hakiminin reddi, şüpheli ve Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilebilecektir. Yine md. 250/8 uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından **seri muhakeme usulünün uygulanması** talep edilen mahkeme hakimi hakkında şüpheli ve Cumhuriyet savcısı ret talebinde bulunabilecektir.

Md. 24/2’de sadece katılan veya vekilinden bahsedildiği için katılan sıfatını almadığı sürece suçtan zarar görenin ret talebinde bulunamayacağı anlaşılmaktadır.¹² Soruşturma evresinde katılma mümkün olmadığı için (md. 237) de soruşturma evresinde suçtan zarar görenin ret talebinde bulunması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle soruşturmaya yer olmadığı veya kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar görenin yaptığı itirazı md. 173 uyarınca inceleyecek olan sulh ceza hakimini şüphelinin reddetme hakkı varken, suçtan zarar görenin böyle bir hakkının olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Yine aynı şekilde md. 171/2 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı

⁹ Şahin ve Göktürk (n 1) 248. Uygulamada savcının ret talebinde bulunmasına pek fazla rastlanmadığını belirtmek gerekir.

¹⁰ Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2015/3, K. 2017/3 [Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt Madde 1-156*, (Seçkin Yayıncılık, 2022), 243]; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023), 520; Centel ve Zafer (n 1) 794; Sezin Duygu Tuncer, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hakimin Yasaklılığı Reddi ve Çekinmesi’, (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021), 236.

¹¹ Ayrıca aşağıda inceleneceği üzere md. 27/2’deki sulh ceza hakiminin reddi talebinin asliye ceza mahkemesince inceleneceğine dair düzenleme de sulh ceza hakiminin reddinin kabul edildiğini göstermektedir.

¹² Tuncer (n 10) 236.

suçtan zarar gören veya şüphelinin yaptığı itirazı md. 173 uyarınca inceleyecek olan sulh ceza hakimini şüpheli reddedebilirken suçtan zarar görenin reddetmesi mümkün görünmemektedir.¹³

Kaynak Alman CMK § 24/3'te reddi talep etmek hakkına sahip olanlar arasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz eden suçtan zarar gören sayılmamaktadır. Ancak doktrin ve uygulamada taraflılık endişesi nedeniyle hakim reddini isteyebilmenin Federal Alman Anayasası md. 101'e dayanan "usuli bir temel hak" olduğu ve kovuşturma davası (Alman CMK § 172/2) sürecinde suçtan zarar gören kendi başına kaldığı için Alman CMK § 24/3 hükmünde yer almasa da onun da ret hakkına sahip olduğunu kabul edilmektedir.¹⁴

Soruşturma evresinde ret talebinde bulunma hakkı açısından şüpheli ile suçtan zarar gören arasında belirtilen şekilde bir ayrıma neden olan md. 24/2 düzenlemesi isabetli değildir. CMK'da yapılacak bir değişiklik ile soruşturma evresinde hakim reddine ilişkin açık bir düzenleme yapılmalı ve bu kapsamda suçtan zarar görene de ret hakkı tanınmalıdır.

Diğer taraftan soruşturma evresindeki **koruma tedbirlerinden etkilenen üçüncü kişilerin** de ret hakkının bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Alman hukukunda üçüncü kişilerin kendilerine yönelik soruşturma tedbirleri nedeniyle temel haklarının ağır bir şekilde etkilenmesi halinde ret talebinde bulunabilmesi kabul edilmektedir.¹⁵ Kanunda bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin aranmasında

¹³ Yine aynı şekilde md. 250/8 uyarınca seri muhakeme usulünü uygulayarak hüküm kuracak olan hakim şüpheli tarafından reddi mümkünken, suçtan zarar gören tarafından reddedilemeyecektir.

¹⁴ Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, (30. Bası, C.H.Beck 2022), § 8 Kn. 12; OLG Karlsruhe 25.5.1973 - 1 Ws 143/73 = NJW 1973, 1658 ve bu konudaki diğer eyalet mahkemeleri kararları için bkz. Edda Wesslau ve Mark Deiters, in: *Jürgen Wolter (Hrsg.), SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I: §§ 1-93 StPO*, (5. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2018), § 24 Kn. 49, dipnot 216; suçtan zarar görenin soruşturma evresinde ret hakkı olduğu yönünde ayrıca bkz. Bertram Schmitt, in: Bertram Schmitt, Marcus Köhler, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, (66. Bası, C.H.Beck 2023), StPO § 24, Kn. 20; Wolfgang Siolek, in: *Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, 2016, Herausgegeben von Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor, Cilt 1, Einleitung; §§ 1-47, (27. Bası, De Gruyter 2016) StPO § 24 Kn. 69; Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı* (Kazancı, 1996) 110; BGH (Ermittlungsrichter), Beschluß vom 27. 2. 2006, *NStZ 2006*, s. 584- 585.

¹⁵ Thomas Fischer ve Hans Kudlich, 'Ausschluss und Ablehnung von Richtern im Strafverfahren', (2020)9 JA 641, 644; Conen, Tsambikakis, in: *MüKoStPO*, StPO § 24 Kn. 7.

(Alman CMK § 103), sanık dışındaki kişilere ait konutların gözetlenmesinde (Alman CMK § 100c/2) ve sanık olmayan kişilerin iletişiminin denetlenmesinde (Alman CMK § 100a/3) olduğu gibi, temel haklara ağır müdahale teşkil eden soruşturma tedbirlerinden etkilenen bu kişilerin, söz konusu tedbirlere karar verilmesinde, kararın denetlenmesinde ve hatta itiraz sürecinde karar verecek olan hakimi ret hakkı olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.¹⁶ Buna gerekçe olarak şu hususlar ileri sürülmektedir: Sanık olmadıkları bir soruşturmada bu tür soruşturma tedbirlerine muhatap olan kişiler, tanık veya bilirkişi gibi muhakemenin dışında ve sadece delil aracı olan ve bu nedenle de ret hakkı bulunmayan kişilerden farklıdır. Belirtilen nitelikte bir soruşturma tedbirlerine muhatap olan ancak şüpheli veya sanık konumunda olmayan bu kişilerin doğrudan ve nihai olarak en temel haklarına müdahale söz konusudur. Soruşturma tedbiri ile temel hakları ağır bir şekilde etkilenen bir kişinin de Alman CMK § 24 uyarınca kararın tarafsız bir hakim tarafından verilmesini bizzat isteme hakkına sahip olması gerekir ve bu nedenle de ret talebinde bulunabilir.¹⁷

Türk hukuku açısından da temel haklara ağır müdahale teşkil eden koruma tedbirlerinden etkilenen şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin (örneğin, CMK md. 117 uyarınca diğer kişilerle ilgili arama) de karar verecek olan hakimin tarafsız olmasını isteme hakkı adil yargılanma hakkının gereğidir. Alman hukukunda ileri sürülen gerekçeler Türk hukuku için de geçerlidir.¹⁸ Ancak CMK md. 24/2'nin açık hükmü nedeniyle üçüncü kişilerin bu haklarını kullanabilmesi için yasal düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Alman CMK § 24/3'te ret talebinde bulunma hakkına sahip olanlar savcılık, şahsi davacı ve sanık olarak sayılmış; katılanın ret hakkı olduğu ise Alman CMK § 397/1'de belirtilmiştir. Alman CMK § 24/3'te, müdafî veya katılan vekilinden bahsedilmediği için doktrinde müdafî veya katılan vekilinin kendi adlarına ret talebinde bulunma hakkı olmadığı kabul edilmektedir. Bunların ret talebinde bulunması halinde kural olarak bu talebin sanık veya katılan adına

¹⁶ BGH (Ermittlungsrichter), Beschluß vom 27. 2. 2006, NStZ 2006, 584; Siolek (n 14) StPO § 24, Kn. 68; Gabriele Cirener, in: BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Graf, 48. Edition Stand: 01.07.2023 <https://beck-online.beck.de/>), StPO § 24 Kn. 33.

¹⁷ BGH (Ermittlungsrichter), Beschluß vom 27. 2. 2006, NStZ 2006, 584.

¹⁸ Ancak ret talebinin sadece gelecekteki kararlara hakimin katılmasını önlemeye yönelik olabileceği, yani geriye dönük bir ret talebinde bulunulamayacağı için soruşturma evresinin gizliliği nedeniyle üçüncü kişilerin soruşturma evresinde temel haklarına yönelik soruşturma tedbirlerinden hakim kararından önce haberdar olup ret talebinde bulunması çoğu zaman mümkün olmayacaktır.

kullandığından hareket edilmektedir.^{19,20} Buna karşın CMK md. 24/2’de açıkça müdafî ve katılan vekilinden bahsedildiği için bunların da kendi adlarına hakimi reddedilecekleri anlaşılmaktadır. Tanık ve bilirkişinin ise hakimi reddetme yetkisi yoktur.

II. HAKİMLERİN İSİMLERİNİN BİLDİRİLMESİ

Ret talebinde bulunma hakkına sahip olanların ret sebeplerinin bulunup bulunmadığını inceleyip süresi içinde ret talebinde bulunabilmeleri için talepleri halinde kendilerine karar veya hükme²¹ katılacak olan hakimlerin isimleri bildirilecektir (md. 24/3).²² Kanunda bildirmenin istek üzerine yapılacağı belirtildiği için **talep olmadığı sürece isimlerin bildirilmesi gerekli değildir**. Ancak bildirilen mahkeme yapısında bir değişiklik söz konusu olduğu takdirde, bu değişikliğin de re’sen bildirilmesi gerekir.²³ İsim ve görev tanımının bildirilmesi yeterli olup, ret nedenlerinin tespiti amacıyla hakimin öğrenimi, görüşleri ve benzeri konularda bilgi talep edilemez.²⁴ İsim bildirme, ret nedenlerinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesine ve bunları kanunda öngörülen süre içinde (md. 25) ileri sürebilmeye imkan sağlayacak şekilde zamanında yapılması gerekir.²⁵

¹⁹ Henning Heil, *in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, Herausgegeben von Christoph Barthe/Jan Gericke, (9. Bası, C.H.Beck 2023), StPO § 24 Kn. 38; Schmitt, (n 14) StPO § 24, Kn. 20; Siolek (n 14) StPO § 24 Kn. 66; Wesslau ve Deiters (n 14) StPO § 24, Kn. 50; Gabriele Zwiehoff, *Der Befangenheitsantrag im Strafverfahren*, (2. Bası, Carl Heymanns Verlag 2013), Kn. 245.

²⁰ Hatta reddin münhasıran hakim ile müdafî arasındaki ilişkilerden kaynaklanan olaylara dayandığı hallerde bile müdafînin ret talebini sanık adına yaptığında hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir: Conen, Tsambikakis, *in: MüKoStPO*, StPO § 24 Kn. 9.

²¹ Madde metninde karar yanında ayrıca hükümden bahsedilmesine gerek yoktur. Çünkü hüküm de bir karar çeşididir, bkz. Md. 223. Nitekim Alman CMK § 24/2’de sadece karardan (Entscheidung) söz edilmektedir.

²² Kaynak Alman CMK § 24/2’de, “karara katılacak mahkeme mensuplarının adlarının” bildirileceğinden bahsedilerek, talep halinde zabıt katibinin de adının bildirilmesi kabul edilmiştir. Kanunda sadece mahkeme mensuplarının adının bildirilmesinin istenebileceği kabul edildiği için ret hakkına sahip olanlar duruşmaya katılacak savcının adının bildirilmesini mahkemeden değil başsavcılıktan isteyebilirler [Siolek (n 14) StPO § 24, Kn. 71]. Savcının reddi kabul edilmemekle birlikte hakim ile savcının yakın hısımlığı hakimin reddi nedeni oluşturabilir ve bu nedenle ret hakkına sahip olanların savcının adını da bilmekte haklı yararları bulunabilir.

²³ Wesslau ve Deiters (n 14) StPO § 24, Kn. 52; Centel (n 14) 111; Siolek (n 14) StPO § 24, Kn. 72; Heil (n 19) StPO § 24, Kn. 39; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 24 Kn. 10.

²⁴ OLG Koblenz, Beschluß vom 25.05.1982 - 1 Ws 183/82, NStZ 1983, 470; Heil (n 19) StPO § 24, Kn. 39; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 24 Kn. 10.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 20.06.2007 - 2 BvR 746/07, BeckRS 2007, 25632.

İsim bildirilmesi mahkeme başkanı veya hakim tarafından yapılacaktır. Talebin reddi halinde bu karara karşı (md. 267 uyarınca) itiraz kanun yoluna başvurulabilir.²⁶

Diğer taraftan **ret talebinin** reddedilen hakim katılımıyla kabul edilmezlik nedeniyle **geri çevrilmesinde** (Alman CMK § 26a; CMK md. 31) hakimlerin **isimlerini bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır**.²⁷ Ancak ret talebinin esası hakkında (Alman CMK § 27; md. 27 uyarınca) karar verecek olan hakimlerin isimlerinin talep üzere bildirilmesi gerekir.²⁸ Çünkü ret talebi hakkında karar verecek olan hakimin de tarafsız olması gerekir.

III. RET TALEBİNDE BULUNMA SÜRESİ

Görev yasaklarına dayanan ret sebeplerinde (md. 22, 23) muhakeme bitinceye kadar her aşamada hakim reddi istenebilirken,²⁹ tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı ret talebinde bulunulmasına md. 25'te süre sınırlaması getirilmiştir. İlk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay aşamasında hakim reddinin en geç ne zamana kadar ileri sürülebileceği bu maddede düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, önceden bilinen ret sebepleri, 2. fıkrasında ise sonradan ortaya çıkan veya önceden bulunmasına rağmen sonradan öğrenilen ret sebeplerinden dolayı ne zamana kadar ret talebinde bulunulabileceği belirlenmiştir. Alman hukukunda hangi zamana kadar ret talebinde bulunulabileceği Alman CMK § 25'te düzenlenmiş olup, söz konusu düzenleme CMK md. 25'ten önemli bazı noktalarda ayrılmaktadır.

A. Md. 25 Hükümünün Uygulama Alanı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, **md. 25'te** (Alman CMK § 25) öngörülen süreler **hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddi için uygulama alanı bulacak** olup, görev yasaklarından dolayı bir hakimin reddi

²⁶ Heil, (n 19) StPO § 24, Kn. 40; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 24, Kn. 53.

²⁷ BGH Beschl. v. 24.10.2005 - 5 StR 269/05, NSTZ-RR 2007, 129 (StPO StPO § 24 III 2: Keine Namhaftmachung im Falle des § 26a StPO); BGH, Beschluß vom 13. 2. 2007 - 3 StR 425/06, NSTZ 2007, 416; aynı yönde Heil (n 19) StPO § 24, Kn. 39. Bu sınırlamanın doğru olmadığı yönündeki eleştiriler bkz. Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 24, Kn. 51.

²⁸ BGH Beschl. v. 24.10.2005 - 5 StR 269/05, NSTZ-RR 2007, 129; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 24 Kn. 11.

²⁹ Schmitt (n 14) StPO § 25, Kn. 1; Ahmet Gökcen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 161; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 209. Şahin ve Göktürk (n 1) 249.

duruşma bitinceye kadar her zaman mümkündür. Ayrıca görev yasağı olan bir hakimin karara katılmış olması, daha önceden reddi istenmemiş olsa bile, temyiz yolunda ve ara kararlarına karşı da itiraz yolunda ileri sürülebilir.³⁰

Diğer taraftan md. 25 kovuşturma evresinde karar veya hükme katılacak hakimlerin reddinde geçerli olup, soruşturma evresindeki ret talepleri için uygulama alanı bulmayacaktır.³¹ Nitekim md. 25 gerekçesinde, “Madde, yalnızca kovuşturma evresinde uygulanmak amacıyla düzenlenmiş olmakla birlikte hakimin tarafsızlığının yargılamanın tüm evrelerinde korunması zorunlu bulunmaktadır.” ifadesi bu hususu teyit etmektedir. Bu nedenle soruşturma evresinde koruma tedbirlerine karar verecek³² veya bu tedbirlere karşı yapılan itirazları inceleyecek³³ olan sulh ceza hakimi ile soruşturma yapılmasına yer olmadığına (md. 158/6) veya kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararlar karşı (md. 172) yapılacak itirazı inceleyecek sulh ceza hakiminin reddine ilişkin talepler md. 25’teki süre sınırlaması söz konusu olmaksızın ileri sürülebilir.³⁴ Yine soruşturma ve kovuşturma evresinde itiraza tabi hakim ve mahkeme kararlarında itirazı³⁵ inceleyecek mercii hakimi hakkında da itiraz konusu hakkında karar verilinceye kadar ret talebinde bulunulabilecektir.

Md. 25 kapsamı dışındaki hallerde kararı verecek olan hakimin bilinmesi halinde süre sınırlaması olmaksızın ancak hakim tarafından görülmekte olan işte karar verilinceye kadar reddi istenebilir. Kararın verilmesinden sonra ise artık ret talebinde bulunulamaz. Çünkü ret hakkı, verilecek olan kararın tarafsız bir hakimce verilmesini sağlamak için tanınmış olup, karar verildikten sonra artık bu amaca ulaşılması mümkün olmayacaktır.³⁶ Karara karşı kanun yoluna başvurma ve kanun yolu merci tarafından kararın bozularak geri gönderilme imkanının

³⁰ Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 9. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere Alman CMK StPO § 28/2 uyarınca davaya bakmakla görevli hakim hakkındaki ret taleplerinin reddine karşı istinaf ve temyiz, soruşturma evresinde görev yapan hakim hakkındaki ret taleplerinin reddine karşı ise sadece itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir.

³¹ Alman hukukunda da Alman CMK § 25 hükmünün soruşturma evresinde, ara muhakemesi evresinde ve kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz muhakemesinde uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 2-3; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 5.

³² Örneğin, md. 91/7, 98, 101.

³³ Örneğin, md. 101/5, 104/2, 105, 111/2, 131,

³⁴ Alman hukuku için bkz. Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 2; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 5.

³⁵ Örneğin md. 151/4, 223/8, 231/12, 248/8, 250/14, 252, 267.

³⁶ Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 3; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 7; Cirener (n 16) StPO § 25, Kn. 9.; Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 16.

olması, kararı vermiş olan hakimin reddini haklı göstermez.³⁷ Karar verildikten sonra yapılan ret talebi süresinde yapılmadığı gerekçesi ile geri çevrilecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ret talebinde bulunma hakkının kararın verilmesi ile sona ermesinin Alman Anayasasının md. 101/1’de düzenlenmiş olan kanuni hakim güvencesine aykırı olmadığına karar vermiştir.³⁸

Aşağıda açıklanacağı üzere md. 280 uyarınca istinaf başvurusu üzerine dosya üzerinde ön inceleme yaparak karar verecek bölge adliye mahkemesi dairesi başkan ve üyeleri ile md. 296 ve 298 uyarınca temyiz talebi konusunda karar verecek olan Yargıtay daire başkanı ve üyelerinin söz konusu kararlar verilmeye kadar reddi mümkün olup, md. 25’teki süre sınırının bu hususlarda da uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz.

Konu ile bağlantısı açısından ceza muhakemesi sistemimize 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanunla giren **basit yargılama usulü bakımından** tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı hakimin reddi talebinde bulunma süresi üzerinde de ayrıca durulması gereklidir. Ancak **AYM**, 11/10/2023 tarihli R.G’de yayınlanan **22/6/2023 tarihli kararı** ile basit yargılama usulünde itiraza ilişkin **CMK md. 252’yi iptal etmiş** ve iptal kararının da dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.³⁹ AYM söz konusu hükmü, “basit yargılama usulünün ilk aşamasında verilen karara karşı yapılan itiraz üzerine hükmü veren mahkeme tarafından duruşma açılarak yargılamaya devam edilmesinin öngörülmesi, davanın esasına dair görüşünü açıklayan bir hâkim tarafından yeniden yargılama yapılması anlamına geldiği” bunun da “yapılacak yargılamada verilecek karar açısından kişiler nezdinde bir önyargı ve hâkim açısından da baskı unsuru oluşturabileceği” ve hakimin tarafsızlığı ilkesini ihlal edeceği gerekçesi ile yerinde olarak iptal etmiştir. AYM’nin iptal gerekçelerinin değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Söz konusu düzenleme iptal kararı yürürlüğe girinceye veya yeni bir düzenleme yapıncaya kadar uygulanacaktır. Mevcut düzenlemeye göre, mahkemece davanın basit yargılama usulüne göre görülmesine karar verilmesi halinde duruşma yapılmaksızın hüküm verileceği için (md. 251/2-3) sanığın sorgusu söz konusu olmayacak ve bu nedenle de mahkemece hüküm kuruluncaya kadar ret talebinde bulunulabilecektir. Ancak mahkeme, koşulları gerçekleşmiş olmasına rağmen basit yargılama usulünden vaz geçerek duruşma

³⁷ Schmitt (n 14) StPO § 25, Kn. 11.

³⁸ BVerfG 02.05.2007 - 2 BvR 2655/06, NStZ 2007, 709, 710; aynı yönde BGH NStZ 2021, 115.

³⁹ Esas Sayısı: 2020/79, Karar Sayısı: 2023/113, R.G.: 11/10/2023-32336.

açmak suretiyle genel hükümlere göre yargılamaya devam etmeye karar vermesi halinde (md. 251/6) ise duruşmada sanığın sorgusu başlayıncaya kadar ret talebinde bulunulabilecektir. Basit yargılama usulü uygulanarak duruşma yapılmaksızın verilen hükme itiraz edilmesi üzerine mahkemece duruşma açılıp genel hükümlere göre yargılamaya devam edilmesi halinde (md. 252/2) mahkeme, md. 251 kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle artık bağlı olmadığı için (md. 252/3) hüküm verilmeden önce mevcut olup ileri sürülmeyen veya sonradan ortaya çıkan nedenlerden dolayı duruşmada sanığın sorgusu başlayıncaya kadar ret talebi ileri sürülebilir.

B. Süre Sınırlaması Getirilmesinin Amacı

Md. 25'te (Alman CMK § 25) öngörülen sürelerin geçmesinden sonra hakim gerçekten taraflı bile olsa tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir nedenle reddi istenemeyecektir.⁴⁰ Ret talebine süre yönünden sınırlama getirilmesinin amacı, ret talebinin mümkün olduğunca erken yapılmasını sağlayarak davanın uzamasını önlemektir. Özellikle ret hakkı olan kişinin duruşmanın sonuna kadar bekleyerek muhtemelen duruşmanın tekrarına sebep olacak şekilde talebini ileri sürmesi engellenmek istenmiştir.⁴¹ Bu nedenle ret hakkına sahip olanların tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedeni bilmesine rağmen bunu ileri sürmeyi ertelemesi ve duruşmanın leh veya aleyhine yürüyüşüne bağlı olarak kullanmaları kabul edilemez.⁴² Diğer taraftan md. 25'te öngörülen süreler kesin olup, sürenin geçmesi halinde artık eski hale getirme yoluna başvurulamaz.⁴³

C. Md. 25'te Öngörülen Süreler

1. İlk Derece Ceza Mahkemelerinde Ret Talebinde Bulunma Süresi

Md. 25/1'e göre, **ilk derece mahkemelerinde** hakim tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı ret talebinin **sanığın sorgusu başlayıncaya kadar** yapılmış olması gerekmektedir. İlk derece mahkemesinde sanığın sorgusu

⁴⁰ Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 1. Sadece sürenin geçmesi nedeniyle ret talebinin reddedilmesinin yanlış olduğu, süre dolsa dahi hakim reddinin mümkün olması gerektiği yolundaki görüş [Tuncer (n 10) 241-242] isabetli değildir.

⁴¹ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 2; ayrıca bkz. Schmitt (n 14) StPO § 25, Kn. 1.

⁴² Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 1.

⁴³ Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme' in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan (eds), *Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan*, (Seçkin Yayıncılık, 2018) 1233.

duruşmanın başında yapılacağı (md. 191/3) için, yukarıda belirtildiği üzere, md. 25/1'deki bu düzenleme kamu davası açıldıktan sonra davayı bakacak olan hakimler için uygulama alanı bulacaktır. Kamu davası açıldıktan sonra ret hakkına sahip olanlar duruşmaya katılacak olan hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren nedeni önceden bilseler bile ret talebinde bulunmak için duruşmanın başlamasına ve sanığın sorgusuna kadar bekleyebilirler. Elbette önceden bilinen ret sebebi için sanığın sorgusuna kadar beklemeden de ret talebi yapılabilir.⁴⁴

CMUK md. 24/1'de tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı hakimin reddinin, ilk derece mahkemelerde "iddianame okununcaya kadar" yapılması kabul edilerek, sanığın sorgusundan önceki aşmada ret talebinin yapılmış olması gerekiyordu. CMK Tasarısında da aynı hükme yer verilmekle birlikte Meclis Adalet Komisyonunda Tasarının madde metni değiştirilerek, CMUK'a göre bir sonraki aşama olan "sanığın sorgusu başlayıncaya" kadar ret talebinde bulunma imkanı kabul edilmiştir; ancak bu değişikliğin niçin yapıldığına ilişkin gerekçede bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁴⁵

Kaynak Alman CMK § 25/1'de 1987 yılındaki değişiklikten önce, ilk derece mahkemelerinde sanığın dava hakkında sorguya çekilmeye başlanmasına kadar ret talebinde bulunulabiliyordu. 27.01.1987 yılında yapılan değişiklikle sanığın sorgusu başlayıncaya kadar olan ret talebinde bulunma süresi, ilk sanığın kişisel durumlarına ilişkin sorgusunun başlaması anına çekilmiştir.⁴⁶ Ancak 10.12.2019 tarihinde⁴⁷ Alman CMK § 25/1'e eklenen bir cümle ile bu süre bazı durumlar için daha da öne çekilmiştir. Yargılamanın ret talebi nedeniyle gecikmesini önlemek için getirilen bu yeni düzenlemeye göre, davaya bakacak mahkeme heyetindeki hakimlerin adları Alman CMK § 222a fık. 1 cümle 2 uyarınca duruşma başlamadan önce bildirilmişse, ret talebinin de sanığın şahsi halleri hakkındaki sorgusunun başlaması beklenmeden ve gecikmeksizin yapılması gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁴ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 8.

⁴⁵ CMK md. 25 gerekçesinde "ilk derece mahkemesinde iddianame okununcaya kadar" hakimin reddinin istenebileceği açıklamasına yer verilmesi yanıltıcı niteliktedir. Çünkü, Adalet Komisyonunda madde metninde değişiklik yapılarak "iddianame okununcaya" ibaresi yerine "sanığın sorgusu başlayıncaya" kadar ibaresi getirilmiş, ancak bu değişiklik madde gerekçesine yansıtılmamıştır. Madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık, 2005), 132-133.

⁴⁶ Ret talebinde bulunma için ilk sanığın kişisel hallerine ilişkin sorgusunun esas alınmasının gerekçesi ve düzenleme hakkında bkz. Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 3.

⁴⁷ Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 46, ausgegeben zu Bonn am 12. Dezember 2019, s. 2121 vd.

⁴⁸ Schmitt (n 14) StPO § 25, Kn. 4a.

Kanaatimizce ret hakkına sahip olanların davaya bakacak olan hakim hakkındaki ret sebebini duruşma başlamadan önce bilmeleri halinde davanın uzamasını önlemek ve duruşma başladıktan sonra ara verilmeden devam edilmesini sağlamak açısından ret talebinde bulunma süresinin öne alınması faydalı olacaktır. Karar verecek olan hakimin tarafsızlığı adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla birlikte, davaların gecikmeksizin görülerek sonuçlandırılması da adil yargılanma hakkının temel unsurlarındandır. Ret sebebini duruşma başlamadan önce bilenlerin ret talebinde bulunmak için sanığın sorgusuna kadar beklemeleri gerekli değildir. Ancak ret talebinde bulunacaklar için duruşmanın başlamasını ve ret talebinde bulunmak istedikleri hakimin duruşmadaki tavırlarını izleme imkanı edinecek kadar bir sürenin geçmesini beklemek yerinde olacaktır.⁴⁹ Bu açıdan ret nedenin bilinmesi halinde en geç iddianame veya iddianame yerine geçen belgenin anlatılmasına başlanıncaya (CMK md. 191/3-b)⁵⁰ kadar ret talebinde bulunulmasına ilişkin bir düzenleme isabetli olacaktır.

Diğer taraftan davaya bakacak olan mahkeme heyeti üyelerinin talep olmadan davaya katılacak olanlara bildirilmesini öngören Alman CMK § 222a'ya paralel bir düzenlemenin CMK'da da yer verilmesi gereklidir.⁵¹ Yukarıda açıklanan ve karar veya hükme katılacak hakimlerin isimlerinin talep üzerine bildirilmesine ilişkin CMK md. 24/3 düzenlemesi yeterli değildir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer sorun **birden fazla sanığın yargılandığı davada** ret talebinde bulunulabilecek son anın ne zaman olacağını belirlemesidir. Yukarıda belirtildiği üzere kaynak Alman CMK § 25/1'deki 1987 değişikliğinden önce "sanığın sorgusu başlayıncaya" kadar ret talebinde bulunulabildiği için ret hakkına sahip olan her bir "sanığın, kendi sorgusunun başlamasına kadar" ret talebinde bulunabileceği kabul ediliyordu.⁵² CMK md. 25/1'de de sadece "sanığın

⁴⁹ Nitekim yukarıda belirtildiği üzere kaynak Alman CMK § 25'teki değişiklikten önce sanığın hakkındaki suçlamalarla ilgili sorgusuna kadar ret talebinde bulunulabiliyordu.

⁵⁰ CMK md. 191/3-b hükmü, 6763 sayılı Kanun ile 2016 yılında değiştirilinceye kadar, "İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur" şeklindeydi. Söz konusu Kanun ile, "İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır." olarak değiştirilmiştir.

⁵¹ Müdafî veya vekil tarafından temsil edilmeyen sanık, katılan veya suçtan zarar gören açısından davayı görececek olan hakimlerin kimliği konusunda bilgi sahibi olması büyük adliyelerden neredeyse mümkün değildir. Adliyelerin web sayfalarında hangi mahkeme dairesinde hangi hakim görev yaptığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemesi de hak arayanlar ve duruma göre ret talebinde bulunabilecekler için önemli bir eksikliklerdir.

⁵² Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 4.

sorgusu başlayıncaya” kadar ifadesine yer verildiği için birden fazla sanığın yargılandığı davalarda her sanığın kendi sorgusu başlayıncaya kadar ret talebinde bulunma hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu düzenleme sanık sayısının fazla olduğu, özellikle bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen çok sanıklı davalarda sonraki sanıkların sorgusunun başlamasına kadar uzun bir sürenin geçmesine ve ret nedeniyle davanın sürüncemede kalarak uzamasına neden olabilecektir. Buna karşın ilk sanığın sorgusuna kadar ret nedenlerinin ileri sürülmesi ise bilinen bütün ret nedenlerinin incelenip karar verilmesini sağlayarak duruşmanın gecikmeye neden olmadan yürütülmesine imkan verecektir. Bu nedenle ret talebinde bulunma süresi bakımından - yukarıda önerilen iddianamenin açıklanmasına başlanması aşamasına çekilmesi kabul edilmediği takdirde - ilk sanığın sorgusunun başlama anını esasa alan bir düzenleme amaca uygun olacaktır.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer sorun ise **duruşmanın sanığın yokluğunda yapılması** halidir. Sanığın yokluğunda yapılan duruşma için de md. 25/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Kanunda sanığın yokluğunda duruşma yapılması kabul edilen hallerde (md. 195-196) sanığın sorgusuna ilişkin tutanak tutulmuşsa, bu tutanağın duruşmada okunmasıyla, sorgu tutanağı yoksa delillerin ortaya konulmasına başlanılmasıyla (md. 206/1) ret talebinde bulunma hakkı sona erer.⁵³ Bu nedenle yokluğunda yapılan duruşmada (md. 195) sanık bir müdafinin tarafından temsil ediliyorsa (md. 197) müdafinin md. 25/1’de (Alman CMK § 25/1) öngörülen süre içinde ret talebinde bulunması gerekir.⁵⁴

Ancak mevcut düzenlemede sanık dışındaki ret hakkına sahip olanların, örneğin Cumhuriyet savcısı ve katılanın, ret taleplerini ilk sanığın sorgusuna kadar ileri sürmeleri gerekir. Diğer taraftan baştan itibaren davaya katılma hakkı olan suçtan zarar görenin, sanığın sorgusundan sonra davaya katılması halinde önceden bildiği ret nedenlerine dayanarak artık ret talebinde bulunamaz.⁵⁵

Hükmün **istinaf incelemesinde bozularak yeniden incelenmek** ve hükmolunmak üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi (md. 280/1, e, f) veya **temyiz incelemesi sonucunda** ilk derece mahkemesi hükmünün Yargıtay tarafından bozularak dosyanın yeniden ilk derece mahkemesine gönderilmesi (md.

⁵³ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 25 Kn. 10; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 10; LR-Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 19; Centel (n 14) 114.

⁵⁴ Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 18.

⁵⁵ Peter Riess ve Hans Hilger, ‘Das neue Strafverfahrensrecht - Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987’ (1987) NSTZ 145, 148.

304/2-3) üzerine davanın yeniden görülmesi halinde ret hakkı da yeniden doğar. Bu durumlarda ret hakkına sahip olanlar önceki duruşmada tarafsızlığı hakkında şüphe sebebi bulunan hakim hakkında ret talebinde bulunmamış olsalar bile yeniden başlayan duruşmada, Kanunda öngörülen süreler içinde (md. 25/2) ret talebinde bulunabilirler. Yine aynı şekilde önceki duruşma sırasında bulunmayan bir ret nedeninin sonradan ortaya çıkması halinde de ret talebinde bulunulabilir.⁵⁶

2. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtayda Ret Talebinde Bulunma Süresi

Bölge adliye mahkemesinde istinaf ve Yargıtayda temyiz incelemesine katılacak hakimlerin reddi süresi duruşmalı işlerde ve duruşma yapılmayan incelemelerde olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Md. 25/1'e göre, duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemesinde inceleme raporu, Yargıtayda ise görevlendirilen üye veya tetkik hakimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar, duruşma yapılmayan hallerde ise inceleme başlayıncaya kadar ret talebinde bulunulabilecektir.

Ancak hemen belirtelim ki, Yargıtay ceza dairelerin ilk derece mahkemesi olarak bakmakta oldukları davalarda duruşma sırasında başkan veya üyelerin reddinde ilk derece mahkemeleri için geçerli olan kural uyarınca sanığın sorgusu başlayıncaya kadar hakimin reddi talep edilebilecektir.

a. Duruşmalı İşlerde

Bölge adliye mahkemesinde **istinaf başvurusunun incelenmesi** sonucunda davanın yeniden görülmesine karar verilen hallerde (md. 280/1-g) duruşmanın nasıl yapılacağı md. 282'de düzenlenmiştir. Buna göre, md. 282/1-a vd. bentlerinde gösterilen istisnalar dışında duruşma, CMK'nın duruşmaya ilişkin hükümlerine göre yapılacaktır. Duruşma, genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunacak (md.281/1-a), arkasından da ilk derece mahkemesinin hükmü anlatılacaktır (md. 282/1-b). Duruşmaya ilişkin diğer işlemlerin sırası ve yapılış şekli md. 282/1, bent c vd. gösterilmiştir. Duruşmanın "genel hükümlere göre başlaması" (md. 282/1-a) ile kastedilen md. 191/1'deki duruşmanın başlamasına ilişkin işlemlerin yapılmasıdır. Ancak bu işlemler kapsamında yer alan mahkeme başkanı veya hakimin iddianamenin kabulü kararını okuyarak duruşmanın başladığını açıklaması söz konusu olmayacaktır. Çünkü istinafta iddianamenin kabulü söz konusu değildir. Mahkeme başkanı veya hakimin duruşmaya katılacak olanların gelip gelmediklerini tespit

⁵⁶ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 12; Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 13; Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 4; Centel (n 14) 114; Schmitt (n 14) StPO § 25, Kn. 2.

ederek, duruşmanın başladığını açıklamasından sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu anlatılacaktır.⁵⁷ İnceleme raporunun anlatılmasına başlanmasıyla birlikte tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlerle davaya bakacak olan başkan ve üyelerin reddini talep etme süresi de sona ermiş olacaktır.

Yargıtayın temyiz incelemesini duruşmalı yapmayı kabul etmesi (md. 299) halinde görevlendirilen üye veya tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor duruşmadan önce üyelere açıklanacaktır (md. 300/1). Karara katılacak olan başkan ve üyeler hakkındaki ret talebinin de rapor üyelere açıklanmadan önce yapılmış olması gerekmektedir.⁵⁸

b. Duruşma Yapılmayan Hallerde

Md. 25/1 cümle 2’de, “Diğer hâllerde, inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir.” denilerek, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’daki duruşma yapılmayan hallerde ret talebinin en son ne zamana kadar yapılabileceği düzenlenmek istenmiştir. Bu düzenlemedeki “diğer hallerde” ibaresi, ilk derece mahkemeleri ile ilgili olmayıp, sadece bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’daki duruşmasız incelemelerdeki ret talebinde bulunma süresi kastedilmektedir.⁵⁹ Yanlış anlamayı önlemek için madde metninde “diğer hallerde” ibaresi yerine, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’daki kanun yolunda ret talebinde bulunma süresinin ayrı bir cümlede, duruşmalı ve duruşmasız işler için birlikte düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus **incelemenin ne zaman başlamış olacağıdır**. Hakkında istinaf kanun yoluna başvuru dava dosyasının bölge adliye mahkemesinin ilgili ceza dairesine verilmesi ve dairece md. 279’daki ret nedenlerinin bulunmadığının tespit edilmesi üzerine dosya md. 280 uyarınca bölge adliye mahkemesince incelenecek ve inceleme sonunda maddede belirtilen kararlardan birisi verilecektir. Md. 25/2 cümle 2’de, “inceleme başlayıncaya

⁵⁷ Md. 25/1’de inceleme raporunun üyelere açıklanmasından bahsedilmesinde, temyiz duruşmasını düzenleyen md. 300/1’deki ibare esas alınmıştır. Halbuki md. 282/1-a’da istinaf duruşmasında inceleme raporunun okunması kabul edilmişti. Madde metnindeki “okunması” ibaresi de 20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun ile “anlatılır” şeklinde değiştirilmiştir.

⁵⁸ Kaynak Alman CMK’da istinaf ve temyiz aşamasında sadece duruşma yapılan hallerde ret süresi düzenlenmiş olup, raportörün raporunu okumaya başlayınca kadar ret talebinde bulunulması gerekmektedir (StPO § 25/1). Doktrinde ise duruşma yapılmayan hallerde (örneğin Alman CMK § 346/1, § 349/1-2) kararın verilip açıklanmasıyla ret talebinde bulunma süresinin de sona ereceği belirtilmektedir: Bkz. Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 16.

⁵⁹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) s. 147; Yenisey, Nuhoglu (n 1) 260 ise md. 25/1 son cümledeki “diğer halleri” ifadesini, md. 25/1’de sayılan haller dışındaki durumlar olarak anlamaktadır.

kadar” dendiği için, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinde dava dosyasının md. 280’uyarınca incelenmesine başlanmasıyla birlikte daire başkan ve üyelerinin reddini talep etmek için süre de sonra ermiş olacaktır. Ancak incelemenin ne zaman başlamış sayılacağına ilişkin belirsizlik söz konusudur.

Temyiz talebinin kabule şayan olduğuna ilişkin karar verildikten sonra ise **temyiz incelemesinin duruşmasız yapılacağı hallerde** ceza dairesince temyiz talebinin esasına ilişkin inceleme başlayınca kadar ret talebinde bulunulabilecektir. Ancak temyiz incelemesinin duruşmasız yapılmasına ilişkin usul hakkında CMK’da herhangi bir düzenleme yapılmadığı için daire üyelerinin hangi ana kadar reddinin talep edilebileceği konusunda belirsizlik söz konusudur.

İstinaf ve temyiz incelemesine katılacak hakimler hakkında söz konusu olabilecek ret sebeplerinin ileri sürülmesinin belirlenmesi açısından hangi muhakeme işlemi ile incelemenin başlamış sayılacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken başka bir sorun, md. 279 uyarınca bölge adliye mahkemesi ve md. 296 uyarınca Yargıtay ceza dairesi tarafından ön inceleme sırasında ret talebinin ne zamana kadar ileri sürülebileceği ve md. 25/1 hükmünün bu hallerde de uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Bölge adliye mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine kararı veren ceza dairesi dosya üzerinde md. 279 uyarınca bir ön inceleme yapıp, temyiz talebinin kabule şayan olup olmadığına ilişkin bir karar verecektir. Talebin kabule şayan olduğuna karar verilmesi halinde dosya kendisine gelen Yargıtay ceza dairesi de md. 296 uyarınca işin esasına girmeden temyiz talebinin kabule şayan olup olmadığı konusunda bir ön inceleme yapıp karar verecektir. Kanaatimizce her iki halde de yapılan ön inceleme temyiz talebinin esasına ilişkin olmadığı ve temyiz incelemesi henüz başlamadığı için md. 25/1 anlamında bir inceleme söz konusu değildir. Ayrıca bu hallerde duruşma yapılması da söz konusu değildir. Bu nedenle de md. 25’teki süre sınırlaması burada söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle her iki halde tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı ön incelemeye katılacak hakimlerin reddi ancak karar verilip kararın açıklanması anına kadar mümkün olmalıdır.⁶⁰ Yukarıda açıklandığı üzere ret hakkının amacı kararın tarafsız hakimlerce verilmesini sağlamak olduğu için karar sürecinin tamamlanmasından sonra bu amacın gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.

⁶⁰ Alman hukukunda da aynı yönde bkz. BGH, Beschluß vom 13. 2. 2007 - 3 StR 425/06, NStZ 2007, 416-417.

3. Sonradan Ortaya Çıkan ya da Öğrenilen Ret Sebeplerinde Süre

a. Öğrenme

İlk derece mahkemesinde sanığın sorgusu, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayda raporun açıklanması veya incelemenin başlaması ile birlikte o zamana kadar bilinen hakim tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren nedenlerden dolayı ret talebinde bulunma süresi sona erecektir (md. 25/1). Ancak ret nedeninin sonradan ortaya çıkması veya öğrenilmesi halinde bu kurala md. 25/2'de istisna getirilmiştir. Bu hükme göre, sanığın sorgusundan önce bulunup da sonradan öğrenilen veya sanığın sorgusundan sonra ortaya çıkan sebeplerle hakim reddi talebi duruşma veya inceleme bitinceye kadar ancak herhalde öğrenmeden itibaren yedi gün içinde yapılabilecektir.

Md. 25/2'deki bu düzenlemenin maddenin birinci fıkrasında düzenlenen hallerle ilişkin olduğu madde metninden anlaşılmaktadır. Bu nedenle yukarıda açıklanan soruşturma evresine ilişkin kararlarda ve ilk derece mahkemesindeki duruşma dışındaki hallerde md. 25/2'deki düzenleme geçerli olmayıp, söz konusu hallerde karara katılacak hakim karar verinceye kadar reddi istenebilir.

Her ne kadar md. 25/2 istisnai bir düzenleme olarak yapılmış olsa da ileri sürülebilecek ret sebepleri göz önünde bulundurulduğunda birçok durumda ret sebebinin duruşma başladıktan sonra ortaya çıkması veya öğrenilmesi nedeniyle bu istisnanın kural teşkil ettiği söylenebilir.

Tarafsızlığı şüpheye düşürecek neden sonradan ortaya çıkmış olabileceği gibi önceden bulunmakla birlikte ret hakkına sahip olanlarca sonradan öğrenilmiş olabilir. **Alman Federal Yüksek Mahkemesi, ret nedeninin müdafii tarafından değil, sanık tarafından bilinmesinin esas alınması gerektiğini**, bu nedenle müdafinin ceza muhakemesindeki bağımsız süje özelliği nedeniyle bildiği ret nedenini sanığa bildirmede kusurlu olarak gecikmesinin sanığın ret hakkını ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir.⁶¹ Buna karşın davaya katılan açısından kural olarak katılan vekilin bilmesinin yeterli olduğu, vekilin bildiği ret nedeni için süresinde ret talebinde bulunmamasının katılana yükleneyeceği ve ret nedenini katılanın sonradan öğrenmesi halinde ret talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir.⁶²

⁶¹ BGH, Beschl. vom 17. 12. 2009 - 3 StR 367/09, NStZ 2010, 401. Doktrinde de aynı yönde görüşler için bkz. Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 25 Kn. 14; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25, Kn. 19; Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 22-23; Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 7; Zwiefhof (n 19) Kn. 257-258.

⁶² BGH, Urteil vom 18.12.1990 - 5 StR 448/90, NStZ 1991, 245; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 25 Kn. 14; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 25 Kn. 19; Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 22-23; Heil (n 19) StPO § 25, Kn. 7.

Kanaatimizce ceza muhakemesinde ret nedeninin öğrenilmesi açısından müdafî ile katılan vekili arasında bu şekilde bir ayırım yapılması yerinde değildir. Ret nedenini bilmesine rağmen bu hususu sanık veya katılan ile görüşüp zamanında ret talebinde bulunmayan müdafî veya vekilin sorumluluğu ihtimali söz konusu olsa⁶³ da bu husus md. 25/2 uyarınca sanık veya katılan açısından ret talebinde bulunma hakkı doğurmamalıdır. Diğer taraftan ret nedeninin öğrenilmesi üzerine yedi günlük ret süresi (md. 25/2) de müdafî veya vekilin sanık veya katılan ile ret konusunu görüşmesi için yeterli bir süredir. Aksi takdirde başlamış olan davanın ret talebi nedeniyle gecikmesi ve kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Yukarıda açıklandığı üzere müdafî ve katılan vekili kendi adına da başvuru yapabildiği için ret nedenini öğrenmelerinden itibaren 7 gün içinde ret talebinde bulunmaları gerekir.

b. Duruşma Bitinceye Kadar Ancak Öğrenmeden İtibaren Yedi Gün İçinde Talepte Bulunulması

Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı ret talebinin duruşma veya inceleme bitinceye kadar ileri sürülmesi gerekmektedir. Ancak ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi günlük süre içinde talepte bulunulmuş olmalıdır (md. 25/2). Aksi takdire ret talebi md. 31/1 uyarınca geri çevrilecektir.

Md. 25/2 uyarınca sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen ret sebepleri nedeniyle ret talebinde bulunulması, maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi duruşma sırasında ret talebinde bulunmaya ilişkindir. Ret talebi için getirilen süre sınırlaması duruşma aşamasıyla ilgili olduğu için söz konusu düzenleme duruşma dışındaki ret talepleri açısından geçerli değildir; dolayısıyla hakkında ret talebinde bulunulacak olan hakim karar verinceye kadar ret talebi ileri sürülebilir. Bu nedenle soruşturma evresinde hakimlik kararlarını verecek sulh ceza hakiminin veya savcı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itirazı inceleyecek olan sulh ceza hakiminin reddinde, öğrenmeden itibaren yedi günlük süre sınırlaması geçerli olmayıp, sulh ceza hakimi karar verinceye kadar reddi istenebilecektir.

Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerden dolayı duruşma bitinceye kadar ret talebinde bulunulması gerektiği (md. 25/2) için, **duruşmanın ne**

⁶³ Diğer taraftan müdafî ve vekilin ileri sürülecek nedenin hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nitelikte olup olmadığını hukuki açıdan değerlendirme ve bu konuda takdir yetkisinin olduğunu da kabul etmek gerekir.

zaman bitmiş sayılacağıının belirlenmesi gerekir. İlk derece mahkemesinde delillerin tartışılması (md. 216) tamamlandıktan sonra mahkeme hükmünü açıklayacaktır. Ancak hükümden önce son söz hazır bulunan sanığa verileceği (md. 216/3), bundan sonra mahkeme başkanı veya hakim tarafından duruşmanın sona erdiği açıklanacağı ve arkasından da hüküm verileceği (md. 223/1) için mahkeme başkanı veya hakim tarafından duruşmanın sona erdiğinin açıklanması ile ret talebinde bulunma süresinin sona ereceğini kabul etmek gerekir. Md. 223/1 uyarınca hüküm açıklanmadan önce duruşmanın sona erdiğinin açıklanması ile birlikte tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı ret talebinde bulunma hakkı da sona ereceği için bu andan itibaren öğrenilen veya ortaya çıkan hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı artık ret talebinde bulunulması mümkün değildir.

Diğer taraftan ret talebinde bulunabilmek için öğrenmeden itibaren henüz yedi günlük sürenin de dolmamış olması gerekmektedir. Bu nedenle duruşma bittikten sonra öğrenme halinde ret talebinde bulunulamayacağı gibi, öğrenmeden itibaren henüz yedi günlük süre dolmamış olsa bile duruşmanın sona erdiğinin açıklanması ile birlikte ret talebinde bulunma süresi de sona erecektir.

Kaynak Alman CMK'da ise sonradan öğrenilen veya ortaya çıkan tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı hakimin reddi için daha kısa süreler öngörülmüş olup, ret nedeninin öğrenilmesi üzerine geciktirilmeksizin talebin yapılması gerekmekte ve sanığın duruşmada son sözü söylemesinden sonra artık ret talebi kabul edilmemektedir (Alman CMK § 25/2).

Kanaatimizce duruşma başladıktan sonra ortaya çıkan veya öğrenilen ret nedenlerinden dolayı **yedi günlük** süre, davaların ret nedeniyle gecikmesine neden olacak niteliktedir. Ancak kaynak Alman Kanununda olduğu gibi ret talebinin hemen yapılması gibi sınırları belli olmayan bir süre yerine, **öğrenmeden itibaren en geç üç günlük bir süre**, ret konusunda dilekçenin hazırlanması, sanığın müdafisi ile görüşmesi ve düşünmek için makul görünmektedir.

Diğer taraftan hükümden önce son söz sanığa verileceği (md. 216/3) için sanığın son sözü söylemesinden sonra mahkeme başkanının duruşmanın sona erdiğini açıklayıp mahkemenin hükmünü vermesi gerekir. Sanığa son söz verildikten sonra duruşmaya son verilmeyip devam edilmesi halinde, son söz tekrardan sanığa verilmeye kadar ret talebinde bulunma hakkı (yedi günlük süre geçmediği sürece) devam edecektir.

Duruşmanın sona erdiğinin açıklanması zamanı ve öğrenmeden itibaren yedi günlük süre kesin olduğu için hükmün açıklanması sırasındaki olaylara veya hükmün içeriğine dayanarak tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı ret talebinde bulunulması mümkün değildir.

IV. RET TALEBİNDE BULUNMA ŞEKLİ VE İSPAT

Ret talebinde bulunulmasına ve ileri sürülen ret nedenlerinin ispatına ilişkin hususlar md. 26'da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ret talebinin hakim in mensubu olduğu mahkemeye bir dilekçe ile yapılması, ret sebeplerinin tümünün bir defada açıklanması ve olguları ile ortaya konması, reddi istenen hakim in de görüşlerini yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir.

Hakim in reddi muhakemesi kendine özgü kuralları olan özel bir muhakeme usulü olup, ret talebi duruşma sırasında yapılmış olsa bile redde ilişkin muhakeme duruşmanın bir parçası olmadığı için bu muhakemede alenilik ve sanığın hazır bulunma yükümlülüğü ilkeleri geçerli değildir.⁶⁴

A. Ret Talebinin Hakim in Mensubu Olduğu Mahkemeye Yapılması

Ret talebi hakkında kural olarak reddi talep edilen hakim in mensup olduğu mahkemece karar verileceği için (md. 27) ret talebinin de bu mahkemeye yapılması gerekmektedir (md. 26/1).⁶⁵ Hakim in mensup olduğu mahkeme ile kastedilen, hakim in reddine sebep olan faaliyetin icra edildiği mahkeme, mahkeme dairesi veya hakimliktir. Bu nedenle asliye ceza mahkemesine mensup olan bir hakim in ağır ceza mahkemesi hakim i olarak görevlendirildiği bir duruşmada reddinin talep edilmesi halinde talebin ağır ceza mahkemesine yapılması gerekir. İstinabe olunan hakim in reddi talebi de istinabe talebinde bulunan mahkemeye değil reddi talep edilen istinabe hakim inin mensubu olduğu mahkemeye yapılmalıdır.⁶⁶

Sulh ceza mahkemeleri kaldırılarak yerine **sulh ceza hakimlikleri** kurulduğu için sulh ceza hakim inin reddine ilişkin talebin hangi mercie yapılacağı ve hangi merci tarafından bu konuda karar verileceği sorununun tartışılması gerekmektedir. Çünkü md. 26/1'de ret talebinin hakim in mensubu olduğu mahkemeye

⁶⁴ Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 2 Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 1; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 1

⁶⁵ Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 4.

⁶⁶ Schmitt (n 14) StPO § 26, Kn. 1; Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 4; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 1; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 5; Zwiehof (n 19) Kn. 270; Centel (n 14) 116.

yapılacağı ve md. 27’de de ret talebi hakkında hakimin mensup olduğu mahkemece karar verileceği ve nihayet md. 31’de de kovuşturma evresinde ileri sürülen ret taleplerinin maddede sayılan hallerde mahkemesince geri çevrileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere her üç maddede de mahkemeden bahsedilmektedir.

6545 sayılı Kanun ile 5235 sayılı Kanun’un 9, 10 ve 11. maddeleri değiştirilerek “sulh ceza mahkemeleri” kaldırılıp, yerine “sulh ceza hakimlikleri” kurulmuş ve bu hakimliklerin görevleri de 10. maddede düzenlenmiştir. Ancak bu değişikliğe paralel olarak hakimin reddine ilişkin CMK md. 26 ve devamında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Karar verecek hakimin tarafsızlığı Anayasa (md. 9, 36) ve insan hakları sözleşmeleri (AİHS md. 6) ile güvence altına alınan adil yargılanma haklarından olduğu için soruşturma evresinde karar verecek olan sulh ceza hakiminin de tarafsızlığının güvence altında olmasından ve bunu sağlamak için de gerektiğinde reddinin istenebilmesinden şüphe bile duymamak gerekir.⁶⁷ Hukuk tarihimizde 17-25 Aralık olayları olarak ifade edilen atmosferde sulh ceza hakimliklerinin kurulması sırasında bu hakimlerin reddine ilişkin hususlarda CMK’da değişiklik yapılmamasının bir unutmadan kaynaklandığını düşünüyoruz. Ceza muhakemesinde kıyas caiz olduğu için değişiklik yapıncaya kadar redde ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanarak, md. 26/1’deki “mensup olduğu mahkeme” ve md. 31/2’deki “mahkeme” ifadeleri sulh ceza hakiminin reddinde “hakimlik” olarak anlaşılmalıdır. Ancak tartışmalı durumların ortaya çıkmasını önlemek adına söz konusu maddeler sulh ceza hakiminin reddini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Mevcut duruma göre sulh ceza hakiminin reddine ilişkin taleplerin de hakimin mensubu bulunduğu sulh ceza hakimliğine yapılması gerekir. Ret konusunda hangi merciin karar vermesi gerektiği ise aşağıda ilgili yerde tartışılacaktır.⁶⁸

⁶⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi, 14.01.2015 tarih ve E. 2014/164, K. 2015/12 sayılı kararı ile söz konusu 10. madde ile kurulan sulh ceza hakimliklerinin tarafsızlıklarının güvence altında olduğuna karar vermiştir: “... sulh ceza hâkimliklerinin itiraz konusu kuralla, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa’nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıkları anlaşılmakta olup bunların yapılanması ve işleyişinde, tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsura yer verilmemiştir. Ayrıca, somut, nesnel ve inandırıcı delillerle hâkimin tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konulması durumunda davaya bakmasını engelleyen usul hükümleri bulunmaktadır.” şeklindeki değerlendirmesi ile sulh ceza hakimlerinin de reddedilebileceğine işaret etmiştir.

⁶⁸ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. Ersan Şen, ‘Sulh Ceza Hakiminin Reddi’, <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1928336-sulh-ceza-hakiminin-reddi>> Erişim Tarihi 08 Ocak 2023.

B. Ret Talebinin Dilekçe ile Yapılması

Ret talebi dilekçe ile yapılabileceği gibi bu hususta zabıt katibine tutanak düzenlenmesi için başvurulmak suretiyle de yapılabilir (md. 26/1). Md. 26/1’de başvurunun dilekçe ile yapılmasından söz edildiği için duruşma sırasında sözlü ret talebinin geçerli olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Kanunda dilekçe ile mahkemeye başvurulması arandığı ve dilekçeden de yazılı şekil anlaşıldığı için, duruşma sırasındaki sözlü ret talebinin yeterli olmayacağı söylenebilir. Doktrinde, duruşma sırasındaki hakimin reddini içeren sözlerin tutanağa geçirilmesi halinde bunun ret talebinde bulunma olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹

Alman hukukunda ise ret talebi için yazılı şekil şartı aranmamaktadır. Alman CMK § 26/1’de, “ret talebi hakimin mensup olduğu mahkemeye yapılır” dendiği için ret talebi duruşma sırasında yazılı veya sözlü olarak, duruşma dışında ise yazılı olarak dilekçe ile yapılabilir. Mahkeme kalemine başvurup tutanak tutulmasını sağlamak suretiyle de ret talebinde bulunulabilmektedir.⁷⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemeye göre, mahkeme başkanı, ret talebinin duruşma dışında dilekçe ile veya mahkeme kaleminde tutanak düzenlenmesi suretiyle yapılması gerektiğinden bahisle ret talebini duruşma sırasında sözlü olarak açıklayabilme hakkını engellenemez.⁷¹ Alman CMK § 26/1’e 24.08.2017 tarihinde eklenen bir cümle ile, “Mahkeme, duruşma sırasında sözlü olarak yapılan ret talebinin makul bir süre içinde yazılı olarak gerekçelendirilmesini talep sahibine emredebilir.” hükmü getirilerek, ret talebinin duruşma sırasında yapılabilmesi açıkça düzenlenmiş ve ret nedenlerinin ortaya konması için ilgisine süre verilmesi kabul edilmiştir.

Kanaatimizce **CMK md. 26/1’deki**, “Hakimin reddi, mensup olduğu mahkemeye verilecek dilekçeyle yapılır.” ifadesi ile, ret talebinin hakimin mensubu olduğu mahkemeye yapılması gerektiği açıklanmak istenmiştir. Kaynak Alman Kanundan ayrılarak madde metninde başvurunun “dilekçeyle” yapılacağı ifadesine yer verilmesi yerinde olmamıştır. Ancak dilekçe kelimesi duruşma sırasında yapılacak ret taleplerinin sözlü olarak yapılmasına bir engel teşkil etmemelidir. Duruşmada yapılan taleplerin tutanağa geçirilmesi gerektiği (md. 219/1) ve tutanakta, yapılmış olan “istemlerin” de yer alması gerektiği (md. 221) için sözlü

⁶⁹ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 260; Yaşar ve Otacı (n 10) 239.

⁷⁰ Schmitt (n 14) StPO § 26, Kn. 2; Siolak (n 14) StPO § 26, Kn. 6; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 2; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 6.

⁷¹ BGH, Beschluss vom 08.06.2005 - 2 StR 118/05; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 2.

ret talebinin tutanağa geçirilmesi ile de yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olacaktır. Ancak md. 26/2 uyarınca ret talebinde bulunan ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklamak ve süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymakla yükümlü olduğu için, md. 25'te belirtilen süreler içerisinde ret sebeplerine ilişkin delillerin de mahkemeye bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde md. 31/1-b uyarınca ret talebinin geri çevrilmesi söz konusu olacaktır. Tereddütlü duruma neden olmamak açısından ret talebinin duruşma sırasında da yapılabileceğine, bu talebin tutanağa geçirileceğine, ancak ret nedenleri o sırada olguları ile birlikte ortaya konmamışsa, en geç md. 25/2'deki süreler içinde gerekçeli olarak mahkemeye bildirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır. Diğer taraftan ret talebine ilişkin dilekçenin duruşma sırasında mahkemeye ve soruşturma evresindeki sorgu sırasında sulh ceza hakimliğine verilmesine de bir engel yoktur.

C. Reddi Talep Edilen Hakimin İsmen Belirtilmesi

Ret talebinde, reddi istenen hakimin isminin de belirtilmesi gerekir. Ancak reddedilmek istenen hakimin ismen belirtilmesi mümkün değilse (örneğin, belli bir davranışın birden fazla hakimden hangisine isnat edilebileceği açık değilse) belirlemeyi mümkün kılacak bir açıklama yeterli olacaktır.⁷² Ret talebi, mahkeme heyetindeki bir hakime karşı yapılabileceği gibi, haklarında ret sebebi olması halinde - isimleri belirtilmek şartıyla - heyeti oluşturan hakimlerin hepsi hakkında da yapılabilir.⁷³ Bir mahkemenin birden fazla üyesi birbiri ile bağlantılı nedenlerden dolayı aynı taleple reddedilmişse, hepsi hakkında birlikte karar verilebilir.⁷⁴ Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber **organ olarak bir mahkemenin** veya mahkeme dairesinin **reddi mümkün değildir**; ancak kanun koyucu bu konuda bir düzenleme yapmayı gerekli görmemiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere mahkemenin organ olarak reddi halinde talebin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi gerekir.⁷⁵ Ancak doktrinde, ret talebinde mahkeme reddedilmekle birlikte, ret gerekçesinden mahkeme ifadesi ile mahkeme hakimlerinin kastedildiği anlaşılabilirse ret talebinin kabul edilebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.⁷⁶

⁷² Federal Alman Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 2, 295 (297); Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 4.

⁷³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 523; Yurtcan (n 59) 146. Ünver ve Hakeri (n 29) 210, CMK'da hakimlerin toplu olarak reddini engelleyen bir hüküm olmamasına rağmen, uygulamada genellikle, heyet halinde görev yapan hakimlerin tümünün reddedilemeyeceği görüşünün kabul gördüğünü, kanuni dayanağı bulunmayan bu uygulamanın terk edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 12. 2. 1998 - 1 StR 588-97, NJW 1998, 2458.

⁷⁵ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 32-33.

⁷⁶ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 35; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 21.

D. Ret Talebinde Ret Sebeplerinin Tümünün Bir Defada Açıklanması

Ret talebinde ret sebebinin de gösterilmesi gerekir. Ret sebebinin gösterilmemiş olması md. 31/1 uyarınca talebin daha kabul edilebilirlik aşamasında geri çevrilmesi nedeni olup, bu husus üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır. Ret talebinin kabul edilebilmesi için bilinen bütün ret sebeplerinin ret talebinde gösterilmiş olması gerekir. Bu husus md. 26/2’de, ret talebinde bulunan “öğrendiği ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklamak”la yükümlüdür, denilerek ifade edilmiştir. Bu nedenle önce soyut ret talebinde bulunulması, arkasından da sebeplerin bildirilmesi kabul edilmemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere bir sanık, hakkında tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren bir neden bulunan hakimin reddini talep etmek için kendi sorgusu başlayıncaya kadar bekleyebilir (md. 25/1) ve beklemiş olması da aleyhine olarak değerlendirilemez. Ancak bu süre bitmeden önce ret talebinde bulunduğu takdirde bildiği bütün ret sebeplerini de dilekçesinde açıklaması gerekir. Aksi takdirde sonradan ileri sürülen ret sebepleri kabul edilmeyecektir. Kanun koyucu bu düzenleme ile yerinde olarak ret sebeplerinin sonradan ileri sürülmesi nedeniyle meydana gelebilecek gecikmeleri önlemek istemiştir.⁷⁷

Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma bitinceye kadar ancak öğrenmeden itibaren yedi günlük süre içinde hakimin reddi istenebilen hallerde (md. 25/2) de ret dilekçesinde bu sebeplerin tümünün ileri sürülmesi gerekir. Kanaatimizce her ne kadar yedi günlük süre bitmemiş olsa da ret talebinde bulunulduğu sırada bilinip de ileri sürülmeyen ret sebepleri geri kalan süre içinde artık ileri sürülemezdir.

E. Ret Sebeplerinin Olguları ile Birlikte Ortaya Konması

CMUK md. 25/2’de, “Reddi talep eden taraf ret sebebini ispat ile mükelleftir.” denilerek, ret sebeplerinin ispatı aranmıştır. CMK Tasarısının madde metninde “inandırıcı bir şekilde” ibaresine yer verilmekle birlikte Adalet Komisyonunda bunun teknik hukuk bakımından yerinde olmadığı ve somut olmadığı gerekçesi ile “olguları ile birlikte” ortaya konması şeklinde değiştirildiği görülmektedir.⁷⁸

CMK md. 26/2’de ret talebinde bulunanın “ret sebeplerini” “olguları ile birlikte ortaya koymakla yükümlü” olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu ifade

⁷⁷ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 25 Kn. 23; Siolek (n 14) StPO § 25, Kn. 20; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 521.

⁷⁸ Bkz. Şahin (n 45) 134.

yerine kaynak Alman CMK'daki gibi ret sebeplerinin "inandırıcılığının ortaya konulması" (Glaubhaftmachung) ifadesi daha isabetli olurdu. Çünkü hakimin reddi için hakimin tarafsızlığından şüphelenmeyi haklı kılmaya elverişli sebeplerin olması yeterlidir (Alman CMK § 24/2). Ret için gösterilen nedenlerin doğruluğunun ispat edilmesi⁷⁹ gerekli olmayıp, olabirliğinin inandırıcı bir şekilde ortaya konması yeterlidir.⁸⁰ Madde metnindeki ret nedenlerinin olguları ile birlikte ortaya konmasını kaynak Alman CMK'daki gibi (§ 26/2, § 26a/1-2), ret sebeplerinin inandırıcılığının ortaya konması şeklinde yorumlamak yerinde olacaktır.⁸¹ Çünkü hakimin reddi için hakimin gerçekten taraflı olması gerekli değildir; hatta tarafsızlığı ispat edilebilecek olsa bile reddi istenebilir.⁸² Bu konuda belirleyici olan faktör, koşulların makul bir şekilde değerlendirilmesi halinde ret hakkına sahip olanlar açısından hakimin tarafsızlığından şüphe duymaya neden olabilecek nedenlerin bulunmasıdır.⁸³ Bu nedenlerin ispatının değil, inandırıcılığının ortaya konması yeterlidir.

Ret sebeplerinin inandırıcılığının ortaya konmasından maksat, ortaya konulan deliller aracılığı ile iddia edilen vakianın olabirliğinin yeterli bir şekilde açıklanması ve mahkemenin, gecikmeye neden olabilecek araştırmalar yapmadan ret talebi hakkında karar verebilecek duruma getirilmesidir. İddia edilen olguların doğruluğunun, mahkemenin tam bir kanaat getireceği şekilde ortaya konulması gerekli değildir.⁸⁴

⁷⁹ Ret talebinde bulunanın dayandığı ret sebeplerinin ispatlanması gerektiği görüşü için bkz. Yenisey, Nuhoğlu (n 1) 261; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 521; Selahattin Kolcu, *Adil Yargılanma Hakkı Boyutuyla Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi*, (Seçkin Yayıncılık, 2020) 397; Erhan Günay, *Hakimin Yasaklılığı Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, (Seçkin Yayıncılık 2018) 214; Yurtcan (n 59) 148.

⁸⁰ Aynı yönde Ömer Ömeroğlu, *Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi*, (Ekin Basım Yayın, 2012) 77-78.

⁸¹ Centel (n 14) 118.

⁸² Kühne (n 4) 443, Kn. 731.

⁸³ BVerfG Beschl. v. 16.2.1995 - 2 BvR 1852/94, BeckRS 1995, 20905

⁸⁴ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 10; Siolak (n 14) StPO § 26, Kn. 17; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 5; Schmitt (n 14) StPO § 26, Kn. 7; Centel (n 14) 118-119; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 12; BGH, Urteil vom 30.10.1990 - 5 StR 447/90, NStZ 1991, 144; BGH, Urteil vom 01.07.1971 - 1 StR 362/70, BeckRS 2011, 02915: "İnandırıcılığın ortaya konulması bakımından sunulan deliller sayesinde mahkemenin yargılamanın ilerlemesini geciktirecek başka araştırmalar yapmaksızın ret talebi hakkında karar verebilecek duruma getirilmesi gerekir; sırf bir tanık isminin bildirilmiş olması bunun için kural olarak yeterli değildir. İddia edilen olguların doğruluk ihtimalinin mahkemeye gösterilmiş olması ise yeterlidir."

Diğer taraftan Alman doktrin ve uygulamasında, ret talebinde ileri sürülen olguların varlığı dosyadan anlaşılıyor veya olgular mahkemece de biliniyorsa ret sebebinin inandırıcılığının ortaya konmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁵

Ret talebinin sanığın sorgusundan sonra ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplere dayandırılması halinde kaynak Alman CMK § 26/2, talebin süresinde yapılmış olduğunun da inandırıcı bir şekilde ortaya konmasını istemektedir.⁸⁶ CMK md. 26/2'de bu husus açıkça belirtilmemiş olsa da kanaatimizce madde metnindeki talepte bulunanın öğrendiği ret sebeplerini "süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koyması" koşulundan hareketle, ret sebebinin sanığın sorgusundan sonra öğrenildiğinin veya ortaya çıktığının ve öğrenmeden itibaren 7 günlük sürenin henüz geçmemiş olduğunun ret dilekçesinde inandırıcı bir şekilde ortaya konması gerektiğini söylemek gerekir.⁸⁷

Ret sebeplerinin inandırıcı bir şekilde ortaya konması ret dilekçesi ile yapılmalıdır. Bu konuda, kanunda açıkça yasaklanmamış her türlü delil araçları kullanılabilir. Bunun için özellikle yazılı tanık açıklamalarına dayanılabilir. Kural olarak tanık gösterilmesi yeterli olmayıp, tanık beyanının yazılı olarak mahkemeye sunulmuş olması gerekir.⁸⁸ Yine avukatın açıklamaları, belgeler ve özellikle de reddi talep edilen hakim ret sebepleri hakkındaki açıklamaları⁸⁹ inandırıcılığın ortaya konmasında delil olarak kullanılabilir.⁹⁰ Mahkeme, ret nedeni olarak ileri sürülen olayı duruşma sırasında bizzat yaşamışsa, doğrudan kendi algılamasına göre karar verebilir.⁹¹

⁸⁵ Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 5; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 12-15. BGH, Beschl. v. 6.5.2014 – 5 StR 99/14, NStZ 2015, 175.

⁸⁶ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 8; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 5.

⁸⁷ Doktrinde öğrenme tarihi konusunda ispat zorluklarının ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 520.

⁸⁸ Alman Federal Yüksek Mahkemeye göre, tanığın, beyanını yazılı olarak vermekten kaçınması veya yazılı açıklamasını almak için kendisine hemen ulaşamamış olması ve bu durumların da inandırıcı şekilde ortaya konması halinde tanık açıklamasına dayanılması yeterli olabilir: BGH, 10. 11. 1967- 4 StR 512/66, NJW 1968, 710, 712; ayrıca bkz. Schmitt (n 14) StPO § 26 Kn. 11; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 13.

⁸⁹ Kaynak Alman CMK § 26/2'de inandırıcılık bakımından, reddi istenen hakim beyanına dayanılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

⁹⁰ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 11-12; Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 21, 23; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 16; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 6-7.

⁹¹ BGH 15.12.2010 - 1 StR 500/10, NStZ 2011, 228.; Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 23.

Kaynak Alman CMK § 26/2’de, “Yemin inandırıcılık aracı olarak kabul edilmediği” denilerek, ret talebinde bulunanın, iddialarının doğruluğu konusunda yemin edemeyeceği belirtilmiştir.⁹² CMUK md. 25/2’te de, “Yemin delil olmaz” denilerek, ret sebeplerinin ispatında yeminin kullanılamayacağı açıkça belirtilmişti. CMK ise bu düzenlemeyi almamıştır. Bu nedenle ret talebinde bulunanın, ileri sürdüğü ret nedenlerinin doğruluğunu yemin ederek teyit edip edemeyeceği, bu konuda yemin edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. CMK md. 26 gerekçesinde, “Her şeyin delil olabileceğini ilke olarak benimseyen ceza yargılamasında, hakimin reddi bakımından yeminin kanıt olmayacağına madde metnine ayrıca yazılmasına gerek görülmemiştir.” denilerek, kendi içinde çelişkili bir açıklamaya yer verilmiştir. Çünkü bir taraftan ceza muhakemesinde her şeyin delil olabileceğinden bahsedilerek, yeminin de delil olabileceği anlamına gelen bir ifade kullanılırken, diğer taraftan yeminin delil olmayacağına madde metnine ayrıca yazılmasına gerek görülmediği, yani yazılmasa da yeminin delil olamayacağı anlamı çıkan bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu nedenle madde gerekçesindeki bu açıklamadan hareketle CMK md. 26 açısından ret nedeninin ortaya konmasında yemine başvurulup başvurulamayacağı soruna cevap vermek mümkün görünmemektedir.

Ceza muhakemesinde yemin bir delil aracı olmayıp, tanığın, yaptığı veya yapacağı açıklamaların doğruluğunu teyit, yani güçlendirme amacına hizmet etmektedir.⁹³ Yukarıda açıklandığı üzere hakimin reddinde ileri sürülen ret nedenlerinin varlığının tam bir ispatı değil, olabilirliğinin inandırıcı olarak ortaya konması söz konusu olduğu için ret talebinde bulunan ileri sürdüğü ret nedenlerinin doğruluğuna inandırmak için yemin etmek isteyebilir. Bunu önlemek isteyen kanun koyucu da bu konuda yeminin geçerli olmadığını düzenleme ihtiyacı duymuştu. Ancak CMK hatalı olarak bu düzenlemeyi almamıştır. Bu nedenle, ret talebinde bulunan, ret nedenini dayandırdığı olguların inandırıcılığını ortaya koymak için yemine başvurmak isterse buna engel bir durum yoktur.⁹⁴ Çünkü CMK’da yemini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ret talebinde bulunanın iddialarının doğruluğu konusunda yemin edemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır.

⁹² Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 14.

⁹³ Bkz. Faruk Turhan, ‘Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirilmesi’, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXIV*, S. 4 (2020): 359-409, 361.

⁹⁴ Doktrinde [Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 521] yerinde olarak yeni düzenleme karşısında yeminin de delil olarak kabul edilebileceğini belirtmektedirler. Aynı görüşte bkz. Yaşar ve Otacı (n 10) 240.

Ret talebinde bulunanın, tarafsızlığı şüpheye düşürecek ret nedenlerinin varlığını ortaya koyması gerektiği için ileri sürülmeyen ret nedenleri mahkeme tarafından dikkate alınmaz. Diğer taraftan ret nedeni bir hakimin duruşmadaki davranışları veya dava dosyasındaki belge gibi mahkeme tarafından bilinen bir hususa dayanıyorsa, dilekçede olay veya belgenin sadece belirtilmesi yeterli olacaktır.⁹⁵

V. REDDİ İSTENEN HAKİMİN GÖRÜŞLERİNİ BİLDİRMESİ

Md. 26/3'e göre, reddi istenen hakim, ileri sürülen ret sebepleri hakkındaki görüşlerini yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Yukarıda belirtildiği üzere bu yükümlülük, ret talebi konusunda md. 27'ye göre karar verilmesi söz konusu olduğu hallerde geçerlidir. Ret talebinin mahkeme tarafından kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi halinde (md. 31; Alman CMK § 26a), reddi istenen hakimin yazılı bildirim yükümlülüğü (md. 26/3, Alman CMK § 26/3) bulunmamaktadır.⁹⁶ Ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi durumunda bu karara karşı itiraz yoluna gidilmesi üzerine (md. 31/3) yapılacak inceleme sırasında itiraz mercii, reddi istenen hakimin görüşünü bildirmesini istemelidir.⁹⁷ CMUK md. 25/2'de hakimin görüş bildirmesi zorunlu olmayıp mahkemenin talep etmesi halinde bildirmesi gerekiyordu. CMK md. 26/3'e göre ise, görüş bildirmek zorunlu hale getirilmiş olup, bu konuda merciiin veya reddi istenen hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁹⁸

İleri sürülen ret nedenleri hakkında hakimin görüş bildirmesi ret konusunda karar verecek olan mahkemenin bilgi temelini iyileştireceği için gereklidir.⁹⁹ Ancak açıklamada, başvurunun kabul edilebilirliği veya yerindeliliği hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Çünkü açıklama yapma, reddedilen hakime hukuki dinlenilme hakkı tanımak için değil, gerçeklerin objektif bir şekilde açıklığa kavuşturulması için bir araç olarak kabul edilmiştir. Ret sebepleri

⁹⁵ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26, Kn. 6; Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 12; Schmitt (n 14) StPO § 26 Kn. 8.

⁹⁶ BVerfG 22.2.1960 - 2 BvR 36/60, BVerfGE 11, 1 (3); Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 24; Wesslau, Deiters, (n 14) StPO § 26, Kn. 15; Schmitt (n 14) StPO § 26, Kn. 14.

⁹⁷ Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 25; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 17.

⁹⁸ Aynı görüşte, Tuncer (n 10) 248. Doktrinde, "Mahkeme reddi istenen hakimden ret sebebi hakkında açıklamada bulunmasını isteyebilir" [Bahri Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 184] görüşü, CMUK dönemindeki düzenlemeye ilişkin olup, hakim henüz görüş bildirmemişse mahkemenin hakimden görüş istemesi zorunludur.

⁹⁹ Hakimin görüş bildirmek zorunda olmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. Kolcu (n 79) 396.

hakkında görüş bildirme yükümlülüğü ret sebebinin dayanağı olarak ileri sürülen olgular hakkında açıklama yapmayı gerektirir. Çünkü ret talebinde bulunanın ret nedenlerini olguları ile birlikte ortaya koyması gerektiği için (md. 26/2), hakim tarafından yapılacak açıklamanın da ret talebinde ileri sürülen olgularla ilgili olması gerekir. Bu nedenle reddi istenen hakimin kendisini taraflı hissetmediği şeklindeki duygusal durumuna ilişkin açıklaması yeterli değildir ve bu durum görüş bildirmemeye eşdeğer olup, yeni bir ret nedeni oluşturabilir.¹⁰⁰ Yine görüş bildirme, reddedilen hakime savunma hakkı tanındığı şeklinde de anlaşılmaz.¹⁰¹ Birden fazla hakimin aynı zamanda reddedilmesi halinde her bir hakimin kendi açıklamasını bildirmesi gerekir; ancak ret talepleri aynı nedene dayanıyorsa bir hakimin açıklamasında içerik olarak diğer bir hakimin açıklamasına dayanması veya atıf yapması kabul edilebilir.¹⁰²

Alman Federal Yüksek Mahkemeye göre, hukuki dinlenme hakkının (Alman Anayasası md. 103/1) sağlanması bakımından hakimin resmi açıklamasının ret talebinde bulunana ve diğer muhakeme katılanlarına bildirilmesi gerekir.¹⁰³ Ancak müdafii bu konuda bilgi sahibi olmuşsa kendisine bizzat bildirim yapılması gerekli değildir.¹⁰⁴ Alman Anayasa Mahkemesi içtihadına göre de, ret talebi mahkemece kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmek istendiğinde, reddi istenen hakimin ret sebebi konusundaki açıklamalarını muhakemeye katılanlar aleyhinde değerlendirmeden önce hukuki dinlenme hakkının korunması için savcılık ve diğer muhakeme katılanlarına bildirmeli ve onlara görüş açıklamasında bulunabilme imkanı vermelidir.¹⁰⁵ Kanaatimizce karar verecek olan hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için Türk hukuku açısından da aynı hususun geçerli olduğunu belirtmek gerekir.¹⁰⁶ Bildirimin yapılmamış olması CMK md. 31/3 uyarınca geri çevirme kararına karşı itiraz nedeni olarak ileri sürülebilir. Alman hukukunda bildirim yapılmayarak hukuki dinlenme hakkının ihlali temyiz nedeni olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Siölek (n 14) StPO § 26, Kn. 26; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 18.

¹⁰¹ Reddedilen hakimin savunma hakkı olduğu yönündeki görüş için bkz. Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 222.

¹⁰² Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 8.

¹⁰³ BGHSt 23, 200 (203) = Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 9.

¹⁰⁴ BGH MDR 1974, 367 = Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 9.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschluß vom 25. 6. 1968 - 2 BvR 599, 677/67, NJW 1968, 1621; Heil (n 19) StPO § 26, Kn. 9; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 19, 21.

¹⁰⁶ Hakimin açıklamalarının talepleri halinde taraflara bildirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Tuncer (n 10) 250.

¹⁰⁷ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26 Kn. 23.

VI. RET TALEBİNİN MD. 31'E GÖRE KABUL EDİLEMEZLİK NEDENİYLE GERİ ÇEVİLMESİ

A. Genel Olarak

Bir ret talebi hakkındaki kararın kural olarak md. 27 uyarınca reddi istenen hakimin katılımı olmadan verilmesi gerekir. Yine ret talebinin kabul edilebilir olup olmadığı konusunda da aynı usul geçerlidir. Ancak bu kurala md. 31/1'de¹⁰⁸, "Mahkeme, kovuşturma evresinde ileri sürülen hâkimin reddi istemini aşağıdaki durumlarda geri çevirir" denilerek, bir istisna getirilmiş ve maddenin 1. fıkrasında sayılan üç halde ret talebinin kabul edilemez olduğu gerekçesi ile geri çevrilmesi için basit bir inceleme usulü öngörülmüştür. Bu usulde reddi talep edilen hakimin kendisi ve toplu mahkemelerde bu hakimin de katılımı ile mahkeme tarafından ret talebi geri çevrilecektir. Bu düzenlemenin amacı muhakemenin uzamasını ve ret hakkının kötüye kullanılmasını engellemektir.¹⁰⁹

Md. 31'deki bu basit inceleme usulünü bir anlamda kanun yolu başvuruları hakkında merci tarafından yapılan kabul edilebilirlik incelemesine¹¹⁰ benzetmek mümkündür. Öyle ki istinaf başvurusunun (md. 276/1) veya temyiz talebinin kanuni sürenin geçmesinden sonra yapılması halinde talebin kabule şayan olmadığı gerekçesi ile hükmü veren mahkemece reddedilmesinde olduğu gibi, md. 31'de ret talebi hakkında dar kapsamlı bir kabul edilebilirlik incelemesi yapıp karar verilmesi söz konusudur.¹¹¹ Bu incelemeden sonra ancak md. 27'ye göre yetkili olan merci tarafından ret talebi konusunda işin esasına da girilip karar verilebilecektir.

Kanun koyucu md. 31 uyarınca ret talebi konusundaki kabul edilebilirlik incelemesinin ve bu inceleme sonunda verilecek kararın md. 27'deki ret talebinin esastan incelenerek kabul veya reddinden farkını göstermek için md. 31'de ret talebinin geri çevrilmesi terimini kullanmıştır.¹¹² Kaynak Alman CMK'da iki usul

¹⁰⁸ Kaynak Alman CMK'nın ilk halinde bulunmayan bu usul ilk olarak 1964 yılında § 26a hükmü olarak eklenmiş, daha sonraki yıllarda bazı değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu kural CMUK'a da 2369 sayılı Kanun ile 1981 yılında girmiştir, bkz. Centel (n 14) 124.

¹⁰⁹ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26a Kn. 1; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 2-3.

¹¹⁰ Kanundaki bu düzenlemenin bir ön inceleme veya kabul edilebilirlik incelemesi yapılacağı anlamına geldiği yönünde bkz. Ömeroğlu (n 80) 64; Kolcu (n 79) 395 de kabul edilebilirlik incelemesi ifadesini kullanmaktadır.

¹¹¹ Siolek (n 14) StPO § 26, Kn. 26a, Kn. 2.

¹¹² Geri çevirme teriminin yerinde olmadığı görüşü için bkz. Ömeroğlu (n 80) 65. Uygulamada Kanun metnindeki gibi ret isteminin geri çevrilmesi yerine ret isteminin reddine şeklinde kararlar verildiği belirtilmektedir, bkz. Kolcu (n 79) 395.

arasındaki fark gözetilerek bu usul § 26a'da "kabul edilmez bir ret talebinin geri çevrilmesi"¹¹³ başlığı altında düzenlenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere md. 31'deki usul, kabul edilebilirlik yönünden bir inceleme olduğu için madde metnindeki "hâkimin reddi istemini aşağıdaki durumlarda geri çevirir" ifadesinin kaynak Alman kanununda olduğu gibi "hâkimin reddi istemini aşağıdaki hallerde kabul edilmezlik nedeniyle geri çevirir" şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.¹¹⁴ Biz de konuyu daha iyi ifade etmesi açısından "kabul edilmezlik nedeniyle geri çevirme" terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Md. 31'de sayılan hallerde, hakime kendisi aleyhine yapılan ret talebi hakkında karar verme veya karara katılma yetkisi verildiği için bir kabul edilmezlik nedeninin varlığı konusunda şüphenin bulunması halinde artık ret talebinin yetkili merci tarafından esastan incelenerek (md. 27) karar verilmesi gerekir.¹¹⁵ Md. 31'dek ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi usulü md. 27'deki temel usule istisna teşkil ettiği için istenmeyen ret taleplerinin md. 31 uyarınca geri çevrilmesi yoluna gidilmesi şeklinde bir uygulama kabul edilemez.¹¹⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, Alman CMK § 26a'da öngörülen basitleştirilmiş usul esasa ilişkin olmayan şekli kararların verilmesine imkan tanıdığı ve ret hakkının açıkça kötüye kullanılmasını engellemek amacı taşıdığı için dar yorumlanmalıdır.¹¹⁷

Madde metninde açıkça yer verilen "Mahkeme ... geri çevirir" ifadesi¹¹⁸ ile md. 31'in uygulanması mahkemenin takdirine bırakılmamıştır; dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında sayılan hallerden birisinin bulunması halinde mahkemenin ret

¹¹³ "Verwerfung eines unzulässigen Ablehnungsantrags".

¹¹⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 525, dipnot 622, "geri çevirme" teriminin kullanılmasının yerinde olmadığı görüşündedir.

¹¹⁵ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 2.6.2005 - 2 BvR 625/01, NJW 2005, 3410; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 1-7; ayrıca bkz. Cirener (n 16) StPO § 26a, Kn. 1.

¹¹⁶ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 19.

¹¹⁷ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 2.6.2005 - 2 BvR 625/01, NJW 2005, 3410. Federal Anayasa Mahkemesi kararında devamlı, kabul edilmezlik sorununun açık ve kesin olarak cevaplandırılmasının mümkün olmadığı hallerde, hakimin kendisi ile ilgili bir konuda karar verdiği izlenimini engellemek için Alman CMK § 27'deki temel usule göre ret talebinin incelenmesi gerektiği, bu yüzden Alman CMK § 26a'daki basitleştirilmiş usulün ret talebinin açıkça temelsiz olduğu iddiasına dayanan haller için de uygulanmasının Federal Anayasa md. 101 I 2 hükmüne aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir.

¹¹⁸ Centel (n 14) 124'e göre, geri çevirme deyimi teknik olarak yerinde değildir. Ret talebinin "kabule şayan görülmemesi" deyimi bu kurumu daha anlaşılır bir şekilde ifade bakımından daha elverişlidir.

talebini geri çevirmesi gerekir; bu konuda md. 27'deki usulün uygulanmasına karar veremez.¹¹⁹ Diğer taraftan ret talebini esastan inceleyen mahkeme, talebin md. 31'deki basitleştirilmiş usule göre incelenmesi gerektiği gerekçesi ile ret talebinin esastan incelenmesine ilişkin md. 27'nin uygulanmasını da reddedemez. Diğer bir ifade ile ret talebini esastan inceleyen mahkeme ret talebinin md. 27 uyarınca kabul edilmezlik nedeniyle reddine de karar verilebilir.¹²⁰

Md. 31/1'deki düzenlemenin iki açıdan hatalı olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi, bu usulün sadece kovuşturma evresinde ileri sürülen ret talepleri için geçerli olmasıdır. Madde metnindeki "kovuşturma evresinde ileri sürülen hakimin reddi istemi" ifadesi, soruşturma evresinde karar verecek olan hakimin (özellikle sulh ceza hakiminin) reddinde bu usulün uygulanmayacağını göstermektedir. Bu basit inceleme usulünün niçin sadece kovuşturma evresi için kabul edildiğine ilişkin madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemiştir.¹²¹ Kaynak Alman CMK § 26a fık. 2'de bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Haklı bir gerekçesi olmayan bu sınırlamanın kaldırılması yerinde olacaktır.

İkinci husus ise, md. 27'deki ret usulünün uygulanabilmesi için ret talebinin md. 31 uyarınca kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmemiş olması gerekir. Bu nedenle sistematik olarak md. 31 düzenlemesinin md. 27'den önce yer alması gerekirdi.¹²² Nitekim kaynak Alman CMK'da bu husus § 26a'da, § 27'deki temel usulden önce düzenlenmiştir.

B. Geri Çevirme Nedenleri

1. Talebin Süresinde Yapılmamış Olması

Md. 31/1-a'ya göre, ret talebi süresinde yapılmamışsa talep mahkeme tarafından geri çevrilecektir. Ret talebinin süresinde yapılmış olup olmadığı ise md. 25'e göre belirlenecektir.¹²³ Yukarıda açıklandığı üzere ret talebinde bulunan

¹¹⁹ Alman hukuku için aynı yönde bkz. Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 5.

¹²⁰ Alman hukuku için aynı yönde bkz. Siolak (n 14) StPO § 26, Kn. 26a, Kn. 5.

¹²¹ Madde 31 metni CMUK md. 29/A'dan bazı değişiklikler ile alınmıştır. CMUK md. 29/A fık. 1'de, "Mahkeme, son tahkikat safhasında ileri sürülen hakimin reddi istemini aşağıdaki hallerde kabul etmeyerek geri çevirir:" denilerek, bu usulün sadece kovuşturma evresinde uygulanması kabul edilmişti.

¹²² Sistematik açısından aynı hatalı durum CMUK açısından da söz konusudur. Ret talebinin geri çevrilmesine ilişkin düzenleme 07.01.1981 tarih 2369 sayılı Kanun ile CMUK md. 29/A olarak ret konusundaki temel usulün düzenlendiği md. 26 vd. maddelerden sonra düzenlenmiştir.

¹²³ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 8.

öğrendiği ret sebeplerinin tümünü süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymak zorunda olduğu için (md. 26/2) bu olguların ortaya konmaması da ret talebinin süresinde yapılmamış olması anlamına gelecektir.

Ret sebeplerinin sonradan öğrenilmesi halinde (md. 26/2) de yine sonradan öğrenmenin ve daha önce ileri sürülmesini engelleyen koşullar varsa bunların da açıklanması gerekir. Bunun yapılmamış olması veya talebin süresinde yapıldığının açıkça anlaşılmasında ret talebi süresinde yapılmadığı gerekçesi ile geri çevrilecektir.¹²⁴

2. Ret Sebebi ve Delilin Gösterilmemesi

Ret sebebi ve delilinin gösterilmemiş olması md. 31/1'de bir diğer geri çevrilme nedeni olarak düzenlenmiştir. Ret sebebi gösterilmesi ile kastedilen, ret dilekçesinin herhangi bir sebep içermemesi olup, ret sebebinin yetersiz veya eksik açıklanmış olması halinde artık md. 27'deki usulün uygulanması gerekir. Ret sebebinin gösterilmesinde sadece kanun hükümlerine atıf yapılması yeterli olmayıp, ret talebinin dayandığı gerçek durumların/olguların da açıklanması gerekir. Mahkemece bilinen olgulara sadece işaret edilmesi ise yeterlidir. Ancak ret sebebinin daha sonra bildirileceğinin belirtilmesi veya bunun için süre verilmesinin talep edilmesi yeterli değildir; bu durum talebin kabul edilmezliğine yol açacaktır.¹²⁵ Diğer taraftan ret hakkına sahip olan süjenin, hakimin tarafsızlığına ilişkin edindiği ilk izlenim üzerine başvuru yapmayıp, bu izleniminin muhakemenin devamında hakimin hareketleri ile pekişip pekişmeyeceğini beklemesi halinde, ret talebinin süresinde yapıldığı kabul edilebilir.¹²⁶

Alman Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, baştan itibaren hiçbir açıdan reddi desteklemeyen, tamamen uygun olmayan bir gerekçenin beyan edilmesi, hukuki olarak bir ret sebebinin bildirilmemesine eşdeğerdir. Ancak ret talebinde tarafsızlık şüphesi için gösterilen nedenin belirtilen anlamda tamamen uygunsuz olup olmadığı incelenirken, kanuni hakim güvencesi nedeniyle katı bir ölçüt uygulanmalıdır. Bu nedenle Alman CMK § 26a anlamında tamamen uygunsuz olmayı, Alman CMK § 27 kapsamında ele alınması gereken ret talebinin açıkça temelsiz olmasından ayırmak gerekir. Bu konuda ayırım ölçütü, ret talebi detaylı olarak incelenmeden ve somut olayın özelliğinden bağımsız olarak,

¹²⁴ Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 4.

¹²⁵ Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 5; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 9.

¹²⁶ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 8.

tarafllık endişesini haklı çıkarmak için tamamen uygunsuz olup olmadığı sorusudur. Diğer taraftan sırf şekli incelemeyi aşan bir şekilde, ret talebinin içeriğine ilişkin küçük de olsa bir inceleme yapılmasının gerekli olduğu hallerde, ret talebinin kabul edilmezlik incelemesini aşan bir durum söz konusudur; bu durumda artık incelemenin Alman CMK § 27'ye göre gerçekleştirilmesi gerekir. Bu husus Alman Yüksek Mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulanmaktadır.¹²⁷ Reddedilen hakimin, Alman CMK § 26a kapsamındaki sırf şekli bir incelemeyi aşan ret nedenlerinin detaylı içerik incelemesine katılması, artık onu kendi davasının hakimi yapacağı için kabul edilmez.¹²⁸ Reddedilen hakimin uygun görmediği ret talebinin, ret sebebi gösterilmediği gerekçesi ile baştan geri çevrilmesini önlemek bakımından aynı hususların Türk uygulamasında da dikkate alınması gerekir.

Ret sebebi gösterilmemesi yanında ret talebi için delil gösterilmemiş olması da md. 31/1-b'de talebin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Madde metninde, "Ret sebebi ve delili gösterilmemişse" denilmişse de, buradaki "ve" bağlacını "veya" olarak anlamak gerekir. Çünkü bunlardan birinin bulunmaması talebin geri çevrilmesi için yeterlidir.

Diğer taraftan madde metninde delil gösterilmemiş olmasından bahsedilmekle birlikte yukarıda açıklandığı üzere md. 26/2 uyarınca ret sebeplerinin "olmaları ile birlikte ortaya konması" gerektiği için buradaki delil göstermeyi, ret sebeplerinin varlığını inandırıcı bir şekilde ortaya koyan delil gösterilmesi olarak anlamak gerekir.¹²⁹ Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, hakimin tarafsızlığının bozulduğunun ispatı gerekli olmayıp, ileri sürülen nedenin inandırıcı bir şekilde ortaya konması yeterlidir. Nitekim kaynak Alman CMK § 26a/1 Nr. 2'de reddin inandırıcılığı için delil gösterilmemiş olmasından bahsedilmektedir.

3. Ret Talebinin Duruşmayı Uzatmak Amacıyla Yapılması

Ret hakkının kötüye kullanılmasını önlemek için md. 31/1-c'de bir başka geri çevirme nedeni kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, ret talebinin duruşmayı

¹²⁷ BGH, Beschl. v. 6.5.2014 – 5 StR 99/14 (LG Berlin), NStZ 2015, 175; BGH, Beschl. v. 19.4.2018 – 3 StR 23/18, NStZ-RR 2018, 252; BGH, Beschluss vom 10. 4. 2008 – 4 StR 443/07, NStZ 2008, 523; Bkz. Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 6.

¹²⁸ BVerfG [Kammer], Beschluss v. 20.3.2007 – 2 BvR 1730/06, BeckRS 2007, 22769; BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 27. 4. 2007 – 2 BvR 1674/06, NStZ-RR 2007, 275; BGH, Beschl. v. 19.4.2018 – 3 StR 23/18, NStZ-RR 2018, 252 (253).

¹²⁹ CMUK md. 29/A fık. 1 bent 2'de kaynak kanundan farklı olarak hatalı bir şekilde "inandırıcı delil gösterilmemiş" olmasından söz edilmişti. CMK Tasarısında da aynı ifadeye yer verilmiş ancak "inandırıcı" ibaresi Tasarının Adalet Komisyonu tarafından madde metninden çıkarılmıştır.

uzatmak amacı ile yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa ret talebi; toplu mahkemelerde reddedilen hakim katılımı ile, tek hakimli mahkemelerde ise hakim kendisi tarafından geri çevrilecektir. Ancak bunun için ret talebinin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça, yani herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılıyor olmalı, bu konuda başka bir araştırmaya gerek bulunmamalıdır.¹³⁰ Ret talebinde bulunanın amacı açıkça anlaşılmıyor ya da bu konuda şüphe bulunuyorsa, ret talebi bu nedene dayanılarak geri çevrilmemelidir.¹³¹

Duruşmayı uzatmak amacının varlığını kabul için, ret talebi ile aslında hakim davaya bakmasını engellemek değil, duruşmanın uzamasını sağlamak amacı güdüldüğü açıkça anlaşılıyor olmalıdır.¹³² Sadece çok sayıda ret talebinde bulunmuş olmasına veya ret taleplerinin açıkça temelsiz olmasına dayanılarak duruşmayı uzatmak amacının bulunduğu sonucunu çıkarmak yerinde olmaz. Ancak müdafinin yargılama sürecindeki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ret talepleri ile hukuka uygun savunma görevini yerine getirmek değil; aksine duruşmayı sabote etmek, yani muhakemenin düzenli bir şekilde yürütülmesini ve makul bir süre içinde tamamlanmasını engellemek amacı güdüldüğü makul bir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılıyorsa, duruşmayı uzatmak amacının şartlarının bulunduğu kabul edilebilir.¹³³ Yargıtay yerleşik içtihatlarında, ret talebi ile duruşma günü arasında uzunca bir sürenin bulunması halinde ret talebinin duruşmayı uzatmak amacına yönelik olmadığı vurgulanmaktadır.¹³⁴

Kaynak Alman CMK § 26a/1 Nr. 3'te, ret talebinin "sadece" muhakemeyi uzatmak için yapılması arandığı için, ret talebinde bulunan muhakemeyi uzatmak yanında başka bir amaç daha güdüyorsa hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Alman doktrininde, ret talebinin "sadece" ve "açıkça" duruşmayı uzatmak amacını taşımasının aranmasıyla bu hükmün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığı belirtilmektedir.¹³⁵ Kaynak kanundaki söz konusu "sadece"

¹³⁰ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26a Kn. 20; Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 10.

¹³¹ CGK, 08.11.2022, E. 2019/9-489, K. 2022/704; CGK, 09.11.2021, E. 2020/9-144, K. 2021/537; 7. CD., 28.06.2006 -1464/13085 [Günay (n 79) 243-244].

¹³² Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26a, Kn. 21; Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 10; Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 24.

¹³³ Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 10; BGH, Beschluss vom 2.11.2010 - 1 StR 544/09, NStZ 2011, 294.

¹³⁴ Bkz. CGK 9.7.1984-1/250-267, Osman Yaşar, *Açıklamalı - İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Cilt 1, (Seçkin Yayıncılık 1998) 217.

¹³⁵ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 29: Yazara göre; ret talebinde bulunanın gerçekte ve ciddi olarak hakim reddini istemediği, aksine, sadece ve açıkça duruşmayı uzatmak amacı taşıdığı

ibaresi CMK'ya alınmadığı için ret talebi ile duruşmayı uzatmak veya sabote etmek yanında başka amaçların da güdülmesi halinde ret talebinin geri çevrilmesi söz konusu olabilecektir.

4. Diğer Sebepler

Ret talebinin kabul edilmez sayılacağı haller kanunda (CMK md. 31/1, Alman CMK § 26a/1) tek tek sayılmakla birlikte, sayılanların dışındaki sebeplerin geri çevirme nedeni oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulması gerekmektedir. Mahkemenin reddi kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte Alman uygulamasında, yargı organı olarak bir mahkeme veya mahkeme dairesine yönelik ret talepleri reddi istenen hakim veya onun da katılımı ile kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmektedir.¹³⁶ Buna gerekçe olarak da Kanundaki bölüm başlığının ifadesinden ve bölüm altındaki madde içeriklerinden hakimin davaya bakmasının yasak olduğu haller ve reddi düzenlenmiş olduğu için organ olarak mahkemenin reddedilemeyeceğinin açıkça anlaşıldığı ve bu nedenle kanun koyucunun mahkemenin reddine ilişkin bir düzenlemeyi gerekli görmediği belirtilmiştir. Ancak konuyu açıklığa kavuşturmak açısından kabul edilmezlik nedenleri içine mahkemenin organ olarak reddinin de eklenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir.¹³⁷

C. Geri Çevirme Kararı

Ret talebi hakkında, reddi istenen hakimin mensubu olduğu mahkemece yapılan ön inceleme sonunda md. 31/1'de (Alman CMK § 26a) sayılan hallerden birisinin bulunduğu tespit edilmesi halinde talep kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi zorunludur.¹³⁸ Bu sebeplerden herhangi biri yoksa, esastan incelenmek ve karar verilmek üzere ret talebi, md. 27 uyarınca görevli mahkemeye gönderilecektir. Diğer bir ifade ile mahkeme, md. 31'de sayılan geri çevirme

herhangi bir şüpheye mahal bırakmayacak kadar açık olması halinde ancak bu hüküm uygulanabilecektir. Bu tür amaçlar ise uygulamada neredeyse hiç ispatlanmayacağı için maddenin 3. fıkrasının bu alternatifinin pratik bir önemi bulunmamaktadır.

¹³⁶ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 32-33; Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 2; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 20. Sanık, mahkemenin veya bir mahkemenin bütün dairelerinin kurum olarak tarafsızlığından şüphe duyabilir. Ancak kanun sadece kişi olarak karar verecek olan hakimin tarafsızlığını korunmaya değer görmüştür. Diğer taraftan doktrindeki çoğunluk görüşünü ve uygulamayı eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 26a, Kn. 3-7, 26.

¹³⁷ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 34; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 20.

¹³⁸ Werner Beulke, Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht*, (15. Bası, C.F. Müller 2020), § 4, Kn. 121.

nedenlerinden biri veya birkaçının bulunduğunu tespit etmesi halinde sadece ret talebinin geri çevrilmesine karar verebilir; ret talebinin haklı olduğuna karar veremez. Ret talebinin geri çevrilmesine karar verilmediği takdirde, talep hakkında md. 27'ye göre yetkili mahkemece karar verilecektir.

Ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesine reddi istenen hakim tarafından, toplu mahkemelerde ise reddedilen hakimin de katılımı ile mahkemece karar verilecektir (md. 31/2). Geri çevirmeye karar verecek mahkeme, reddi istenen hakimin mensubu olduğu, ret sebebinin ortaya çıktığı (gerçekleştiği) yer ve madde bakımından yetkili olan mahkemedir.¹³⁹ Geri çevirmeye ilişkin ara kararı duruşma sırasında verilebileceği gibi reddi istenen hakimin katılımı ile duruşma dışında da verilebilir.¹⁴⁰ Duruşma sırasında verilecek kararlarda mahkemeye katılanlar dinlenmeli, duruşma dışında karar verilmesi halinde ise karardan önce Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alınmalıdır (CMK md. 33). CMK md. 33'te sadece savcının görüşünün alınmasından söz ediliyorsa da ret talebinin geri çevrilmesi aleyhlerine sonuç doğurabileceği için ret talebinde bulunan dışındaki diğer muhakeme katılanları da dinlenmelidir.¹⁴¹

Md. 31/2'de, ret talebi "hakimin kendisi tarafından geri çevrilir" demek-teyse de burada söz konusu olan bir hakimlik kararı değil mahkeme kararıdır. Çünkü maddenin birinci fıkrasında ret talebinin mahkeme tarafından geri çevrileceği ifade edilmekte ve maddenin 3. fıkrasında da mahkemenin bu konudaki kararına karşı itiraz edilebileceği belirtilmektedir. Diğer taraftan madde metninde, "reddedilen hakimin müzakereye katılmasıyla" ret talebinin geri çevrileceği belirtilmekle birlikte, hakimin sadece müzakereye değil, geri çevirme sürecinin tamamına ve geri çevirme kararına katılması gerekir. Madde metnindeki reddedilen hakimin "müzakereye katılmasıyla" yerine sadece "katılımı" ile denmesi yerinde olurdu. Nitekim kaynak Alman CMK § 26a/3'te, reddi istenen hakim "heyetten ayrılmaksızın" ret talebinin geri çevrilmesine karar verilir denilerek, karar sürecinin tamamında reddedilen hakimin katılımının gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

¹³⁹ Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 41; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 24.

¹⁴⁰ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 25.

¹⁴¹ Bu konuda Alman hukuku için bkz. Siolek (n 14) StPO § 26a, Kn. 48. Duruşma dışında verilecek kararlarda sadece savcının görüşünün alınmasını öngören CMK md. 33 düzenlemesi adil yargılanma hakkına ve bu açıdan AY md. 36'ya aykırıdır. Bu aykırılığın giderilmesi için CMK md. 33 hükmü Alman CMK § 33 hükmündeki gibi diğer muhakeme katılanlarının da hukuki dinlenilme hakkını kapsayacak şekilde ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmelidir.

Reddi istenen hakim tarafından geri çevrilir (md. 31/2) dendiği için ret talebi, tek hakimli mahkemelerde hakiminin kendisi tarafından geri çevrilecektir. Ancak naip hakim toplu mahkemelerde olduğu ve toplu mahkemelerde geri çevirme kararı reddi istenen hakim de katılımı ile verileceği için, naip hakim reddi halinde geri çevirme kararı hakim tarafından değil, kendisinin de katılımı ile men-subu olduğu mahkemece verilmelidir. Kaynak Alman CMK § 26a/2’de ise naip hakim ve soruşturma evresinde karar verecek olan sulh ceza mahkemesi hakiminin reddinde ret talebinin kabul edilemez olduğuna hakim bizzat kendisinin karar vermesi kabul edilmiştir. Ret talebinin geri çevrilmesinde, açıkça kabul edilmez olan veya ret hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde ret talebi nedeniyle muhakemenin uzamasının önlenmesi amaçlandığı için kaynak Alman CMK’deki gibi naip hakim de bizzat ret talebini geri çevirme kararı verebilmesine ilişkin bir düzenleme Türk hukuku için de yerinde olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere ret talebinin geri çevrilmesi md. 31 uyarınca sadece kovuşturma evresinde kabul edildiği için sulh ceza hakiminin reddi halinde ret talebinin geri çevrilmesi söz konusu olmayıp, ret talebi md. 27’ye göre incelenecektir.

Ret talebinin geri çevrilmesi de bir mahkeme kararı olduğu için md. 34 (Alman CMK § 34) uyarınca kararda gerekçe gösterilmesi gerekir. Gösterilen gerekçe, itiraz halinde merci tarafından başvurunun esasının incelenmesine imkan verecek şekilde ayrıntılı olmalıdır.¹⁴² Alman CMK, ret talebinin davayı uzatmak amacı ile yapıldığından bahisle mahkemece kolayca geri çevrilmesini önlemek için bu konudaki kararın oybirliği ile verilmesini ve geri çevirmeye neden olan koşulların kararda açıklanmasını isteyerek (§ 26a/2) davayı geciktirmeye dayan kabul edilmezlik için daha katı koşullar kabul etmiştir.¹⁴³

Uygulamada ret taleplerinin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığından bahisle gerekçe gösterilmeden geri çevrilmesinin yaygın bir durum olduğu söylenebilir.¹⁴⁴ Bazı Yargıtay kararlarında ret talebinde duruşmayı uzatmak amacına ilişkin

¹⁴² Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 27.

¹⁴³ Heil (n 19) StPO § 26a, Kn. 13; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 26a Kn. 27.

¹⁴⁴ Örneğin, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı bir davada, daire üyesi hakkında sanığın yapmış olduğu ret talebinin, “Sanık tarafından Mahkeme Üyeleri hakkında CMK 24/1-2 maddesi uyarınca ileri sürdüğü hakim reddi sebepleri 5271 sayılı CMK’nın 31/1-c maddesi kapsamında yeterli delil olmadan ve duruşmaları uzatma amacına yönelik olduğu kanaatine varılmakla anılan yasanın 31/2 maddesi uyarınca geri çevrilmesine, Bu karara

herhangi bir bağlantı olmamasına rağmen, talebin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığından bahisle yeterli gerekçe gösterilmeden reddedildiği görülmektedir.¹⁴⁵ Duruşmayı uzatma nedenine dayanılarak geri çevirme kararlarının oybirliği ile verilmesine ve hangi nedenlerle davanın uzatılmak istendiğine ilişkin hususların kararda gösterilmesine ilişkin bir düzenleme CMK açısından da yerinde olacaktır.

Diğer taraftan aşağıda açıklanacak olan reddi istenen hakimin sadece gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilmesi ve ret talebinin oturum sırasında yapılması halinde oturuma devam edilmesine ilişkin md. 29/1-2 hükümleri ret talebinin geri çevrilmesi usulünde de aynen uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle reddi istenen hakim ret talebini geri çevirinceye kadar sadece gecikmesinde sakınca olan

karşı aynı yasanın 31/3 maddesi uyarınca Yargıtay 10. Ceza Dairesi nezdinde 7 gün içerisinde Mahkememize verilecek dilekçe ya da zabıt katibine tutturulacak bir tutanak ile itiraz edilebileceğinin hatırlatılmasına (hatırlatıldı),... oy birliği ile karar verildi, açıklandı, açık yargılamaya devam olundu.” şeklindeki ara kararlar hiçbir gerekçe gösterilmeden geri çevrildiği, geri çevirme kararına yapılan itirazın da itiraz mercii olan 10. Ceza Dairesinin 29.07.2019 tarih ve 2019/320 değişik iş sayı ile yine hiçbir gerekçe gösterilmeden oy birliği ile, “Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 25.06.2019 tarihli 2017/107 esas sayılı hakimin reddi talebinin geri çevrilmesine ilişkin kararında herhangi bir isabetsizlik, usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, sanığın yerinde görülmeyen itirazlarının reddine”, karar verildiği görülmektedir.

9. Ceza Dairesinin geri çevirme kararından sonra yargılamaya devam ederek hüküm kurması ve sanığın da temyiz yoluna başvurusu üzerine CGK, sanığın ret dilekçesinde ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklayarak olguları ile birlikte ortaya koymak suretiyle usulüne uygun olarak hakimin reddi talebinde bulunması üzerine md. 27’ye göre ret talebinin esası hakkında karar verilmesi yerine md. 31 uyarınca geri çevrilmesini hukuka aykırı bularak bozma kararı vermiştir. Söz konusu olayda hem 9. Ceza Dairesinin geri çevirme kararında hem de 10. Ceza Dairesinin itirazı ret kararında gerekçe gösterilmediği açıktır. Ceza Genel Kurulu ise 09.11.2021 tarihli (2020/144 E., 2021/537 K.) kararında, sanığın ret talebinde ret sebeplerini ve olgularını açıkladığını belirterek dolaylı olarak ifade etmiştir. Aslında CGK’nın, ceza dairelerinin kararlarında hangi nedenlerle duruşmayı uzatmak amacı ile ret talebinin yapıldığının açıklanmadığını da belirterek bozma kararı vermesi gerekirdi.

¹⁴⁵ Örneğin, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 22.10.2008 tarih ve 12572/11603 sayılı kararına [bkz. Yaşar ve Otacı (n 10) 254] esas teşkil eden bir olayda, sanık müdafii, sulh ceza mahkemesi hakiminin sanık hakkında yargılamaya konu olan iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savasının eşi olması nedeniyle tarafsız karar vermeyeceği gerekçesi ile hakimin reddini talep etmiş, bu talep aynı mahkeme hakimi tarafından, “süresinde yapılmadığı ve duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı gerekçesi” ile CMK md. 31 uyarınca geri çevrilmiş, geri çevirme kararına karşı yapılan itiraz ise merci tarafından reddedilmiştir. Halbuki olayda hakim ve savcının eş durumu nedeniyle tarafsızlıktan şüphe duymayı haklı gösterebilecek bir durum söz konusudur. Yargıtay CGK bazı kararlarında bu durumu ret nedeni olarak kabul etmektedir (bkz. Turhan, “Hakimin Tarafsızlığı”, 160-161). İleri sürülen ret nedeninin hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı göstermeye elverişli olup olmadığının md. 27’ye göre incelenmesini sağlamak yerine, reddedilen hakim tarafından hiç ilgisi olmayan duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığından bahisle geri çevrilmesi açıkça kanuna aykırıdır. Olayda talebin süresinde yapılmadığından bahsediliyorsa da sürenin ne zaman geçirilmiş olduğuna ilişkin kararda bir açıklık bulunmamaktadır.

muhakeme işlemlerini yapabilir ve duruşma sırasında yapılan ret taleplerinde md. 29/2'deki yasaklar da geçerliliğini korur. Geri çevirme kararına itiraz edilmesi halinde de gecikmesinde sakınca bulunanlar dışında işlem yapma yasağı yanında tarafların iddia ve sözlerinin dinlenmesine geçilememesi ve bir sonraki oturuma başlanamaması yasakları devam eder. Bu hususların uygulamada gözden kaçırıldığı görülmektedir. Yargıtay CGK 01.10.2019 tarihli kararında¹⁴⁶ yerinde olarak, ilk derece mahkemesinde sanık müdafinin ret talebinin md. 31'e dayanarak geri çevrilmesine karar verildikten sonra müdafii bu karara md. 31/3 uyarınca itiraz etmesine rağmen, mahkemenin itiraz incelemesi yapılmasını sağlamadan duruşmaya devam ederek savcının esas hakkındaki mütalaasını alması, sanık ve müdafilerin esas hakkındaki savunmalarını tespit ederek sanıklardan son sözlerini sorması ve nihai hükmü kurmasını md. 29'a aykırı bularak bozma kararı vermiştir.¹⁴⁷

D. Kanun Yolu Başvurusu

Md. 31/3 uyarınca ret talebinin geri çevrilmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Kanun koyucu md. 31 uyarınca ret talebinin geri çevrilmesini md. 27'deki ret talebinin esastan incelenmesinden ayrı bir usul olarak kabul ettiği için md. 31/3'te geri çevirme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere md. 31'deki geri çevirme usulü, ret talebinin incelenmesi yönünden olup, reddi istenen hakim yapabileceği muhakeme işlemleri ve ret talebinin reddi kararına karşı başvurulacak kanun yolu bakımından ayrı bir düzenlemeyi gerektirmemektedir. Geri çevirme kararına karşı yapılan itirazın kabulü veya reddinin sonuçlarına ilişkin md. 28'deki gibi bir düzenlemeye md. 31'de yer verilmemiş olması ciddi tartışmalara neden olacak niteliktedir.

Yukarıda belirtildiği üzere md. 31 uyarınca ön inceleme yapan mahkemenin ret taleplerinin kabul edilebilir olduğuna ilişkin bir karar vermesi söz konusu olmayıp sadece talebi kabul edilemez bulup geri çevirme kararı verebilecektir. Talebin kabul edilemez bulunup geri çevrilmesine karar verilmesi ve bu karara itiraz edilmesi halinde itiraz, merci tarafından incelenip karara bağlanacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere geri çevirme kararına itiraz edilmesi halinde bu hususta itiraz mercii tarafından inceleme yapıp bir karar verilmeden reddedilen hakim de katılımı ile yargılamaya devam edilip hüküm kurulması kanuna aykırı olup hükmün bozulması nedenidir.

¹⁴⁶ CGK, 01.10.2019, E. 2017/5-1109, K. 2019/569 (kazanci.com).

¹⁴⁷ Bu kararda CGK md. 29/1'e aykırılıktan bahsediyorsa da ilk derece mahkemesi kararında md. 29/1 yanında açıkça md. 29/2 hükmüne de aykırılık söz konusudur.

Çünkü md. 29/1 uyarınca reddi istenen hakim, ret talebi hakkında bir karar verilmeye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilir.¹⁴⁸

CMUK md. 29/A fık. 3'te, geri çevirme kararları aleyhine itiraz değil sadece hükmle birlikte temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi kabul edilmişti. Söz konusu düzenleme, CMUK md. 27/2'deki kovuşturma evresinde ret taleplerinin esassız bulunarak reddi kararları aleyhine itiraz değil, hüküm ile birlikte temyiz kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin düzenleme ile uyumluydu. Buna karşın CMK md. 28'de, ret talebinin reddine karşı hem itiraz yoluna hem de itirazın reddi halinde bu karara karşı olağan kanun yoluna başvurulabilmesi kabul edilmiş, buna karşın CMK md. 31/3'te ise ret talebinin geri çevrilmesine karşı sadece itiraz kanun yolunun kabul edilmiş olması tartışılması gereken ciddi bir sorun oluşturmaktadır. CMK md. 31 ile ilgili Adalet Komisyonu Raporunda¹⁴⁹ bu husus, "Son fıkradaki kanun yolu değiştirilmiş ve istinaf veya temyiz yerine itiraz kanun yolu tercih edilmiştir. Böylece hakimin tarafsız olup olmadığı sorunu bir an önce çözümlenerek esasa ilişkin yargılamaya devam edilecek ve yargılama bittikten sonra dahi tarafsızlık sorunu gündeme gelir olmaktan çıkarılacaktır." denilerek, açıklanmıştır. Bu açıklamaya göre, geri çevirme kararına karşı yapılan itirazın reddi halinde hakimin tarafsızlığına ilişkin iddialar artık olağan kanun yolu olarak istinaf veya temyizde incelenemeyecektir. Diğer taraftan bu açıklama, kanunda açıkça belirtilen haller dışında itiraz merciinin kararlarının kesin olup (md. 271/4), bu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamayacağına ilişkin kanuni düzenleme ile de uyumludur. Ancak bu sonuç md. 28 ile md. 31 arasında ciddi bir çelişki oluşturmaktadır.¹⁵⁰

Kanaatimizce, md. 28'de, ret talebinin esastan incelenerek reddedilmesi kararına karşı yapılan itirazın reddi kararının hükmle birlikte kanun yolunda incelenmesi kabul edilmişken md. 31'de bu yolun açılmamış olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihten ziyade her iki düzenleme arasındaki farkı gözden kaçırmış olmasından kaynaklanmış olabilir.¹⁵¹ Yukarıda açıklandığı üzere, md. 31'deki ön inceleme sonucu verilen kabul edilmezlik nedeniyle geri çevirme kararları ile md. 27'deki ret talebi esastan incelendikten sonra verilen ret kararları nitelikleri itibarıyla farklı olmakla

¹⁴⁸ CGK, 10.10.2019, 2019/352 E., 2019/595 K. (kazancı)

¹⁴⁹ Bkz. Şahin (n 45) 145.

¹⁵⁰ Şahin (n 45) 146.

¹⁵¹ Adalet Komisyonu Raporunda söz konusu düzenlemenin, hakimin tarafsız olup olmadığı sorununun bir an önce çözümlenerek esasa ilişkin yargılamaya devam edilmesi ve yargılama bittikten sonra artık tarafsızlık sorununu gündemden çıkarmak olduğu belirtilmişse de aynı husus md. 28 uyarınca verilecek kararlar için evleviyetle geçerlidir.

birlikte, geri çevirme kararının kanun yolunda denetlenmesi ihtiyacının ret talebinin esastan incelenip reddedilmesi kararına göre daha fazla olduğu söylenebilir. Çünkü, geri çevirme kararı, reddedilen hakim tarafından ve toplu mahkemelerde onun katılımı ile verilmektedir. Böyle bir karara karşı denetim ihtiyacının daha fazla olduğu açıktır. Bu nedenle md. 27'ye göre verilen ret kararlarına karşı yapılan itirazın reddi kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilecekse, md. 31 uyarınca verilen geri çevirme kararlarına karşı yapılan itirazın reddi kararlarına karşı evleviyetle istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilmelidir.

Ret talebinin reddi veya geri çevrilmesi kararlarına karşı hem itiraz hem de olağan kanun yolu olarak istinaf ve temyiz şeklinde iki aşamalı bir denetim yolunun gerekli olup olmadığı ayrı bir tartışmadır. Nitekim kaynak Alman CMK (§ 28/2)'yı esas alan CMUK (md. 27/2, 29/A-3) itiraz yerine sadece hüküm ile birlikte temyiz yolunu kabul etmişti. Bu düzenlemeye paralel olarak da CMUK md. 308-3'te, makul şüphe nedeniyle hakkında ret talebinde bulunulmuş olup da bu talebin kanuna aykırı olarak reddedilip hakimin hükme katılmış olması kesin hukuka aykırılık hali olarak kabul edilmiş ve hükmün bozulması nedeni sayılmıştı. Söz konusu iki düzenleme birbiri ile uyumluydu.

Diğer taraftan yukarıda açıklandığı üzere md. 27'ye göre ret talebi konusunda yetkili merci hem ret talebinin esası hakkında hem de kabul edilebilirliği (md. 31) hakkında karar verebileceği için merci tarafından ret talebinin md. 31'deki nedenlerden dolayı md. 27 kapsamındaki incelemede reddedilmesi halinde bu karara karşı itiraz kanun yoluna gidilebilecek olması ve bunun reddi halinde de bu kararın istinaf veya temyiz kanun yolunda incelenmesi söz konusu olacakken, ret talebinin md. 31 uyarınca kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi halinde bu karara karşı sadece itiraz yolunun kabul edilmesi de bir başka çelişkiyi oluşturmaktadır.

Kanaatimizce md. 27'ye göre ret talebinin esastan incelenmesi sonucu talebin reddine karşı md. 28 uyarınca yapılan itirazın reddi kararı ile md. 31'e göre ret talebinin geri çevrilmesine karşı yapılan itirazın reddi kararları arasında kanun yolu açısından bu şekilde bir farklı usulün kabul edilmesinin hiçbir makul gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim kaynak Alman CMK'da bu şekilde bir ayırım yapılmamış olup, § 28/2'de, hem ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi hem de esastan reddi kararlarına karşı sadece acele itiraz yoluna başvurulabilmesi, ancak ret talebinin kovuşturma evresinde davaya bakmakla görevli hakim hakkında yapılmış olması halinde ise sadece hüküm ile birlikte kanun yoluna (istinaf ve temyiz) başvurulabilmesi kabul edilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere md. 31/3'te itiraza ilişkin özel bir düzenleme gerekli olmayıp bu hususun md. 28'e atıf yapılarak düzenlenmesi yerinde olurdu.

Diğer taraftan ret talebinin geri çevrilmesi kararları hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden kararlar olduğu, md. 272/2 ve 287 uyarınca, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden mahkeme kararlarına karşı hükümlerle birlikte istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulabileceği görüşü ileri sürülebilse de, md. 31/3'te itirazın merci tarafından reddi halinde herhangi bir kanun yolu öngörülmediği için md. 271/4'teki "Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir" hükmü nedeniyle söz konusu ara kararlarının hükümlerle birlikte istinaf ve temyiz yolunda incelenmesi mümkün görünmemektedir.¹⁵²

Yargıtay uygulamasına baktığımızda, CGK'nın 09.11.2021 tarihli bir kararında, ret talebinin md. 27 uyarınca yargılamayı yapan mahkemece, "reddi istenen hâkimin katılmadığı müzakere sonucu ret isteminin kabulüne ya da reddine karar verilmesinin sağlanması yerine anılan Kanun'un 31. maddesi gereğince reddi istenen hâkimin de bulunduğu heyet tarafından ret talebinin geri çevrilmesine karar verilmesi suretiyle reddi istenen hâkimin, vaki ret talebi hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabileceğine ilişkin 5271 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmüne aykırı olarak yargılamaya devam olunarak hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı" olduğuna karar vermiştir. Söz konusu kararda mahkeme üyelerine yönelik ret talebinin "CMK'nın 31/1-c maddesi kapsamında yeterli delil olmadan ve duruşmaları uzatma amacına yönelik olduğu kanaatine varılmakla anılan yasanın 31/2 maddesi uyarınca geri çevrilmesine" karar verildiği ve bu karara yapılan itirazın da merci tarafından reddine karar verildiği görülmektedir. Yargıtay CGK, md. 31/3 uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen ret kararına rağmen ret nedenlerinin temyiz yolunda yeniden incelenip incelenemeyeceğine ilişkin bir tartışma yapmadan, sorunu md. 29 kapsamında değerlendirmiştir. Kararda zikredilmese de CGK olayda ret talebinin geri çevrilmesini, md. 289/1-c uyarınca, "Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da ... bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması" olarak kabul etmiş ve dolaylı da olsa geri çevirmenin hukuka aykırı olması halinde ret nedenlerinin temyiz yolunda incelenebileceğine karar vermiştir.¹⁵³ Ancak CGK'nın, açıkça md. 31/3, 271/4 ve 289/1-c kapsamında sorunu tartışıp sonuca ulaşması, geri çevirme kararına karşı yapılan itirazın reddi halinde bu hususun temyiz kanun yolunda incelenip incelenemeyeceğini öncelikle açığa kavuşturması gerekirdi.

¹⁵² Bkz. Şahin (n 45) 145-146.

¹⁵³ CGK'nın kararına esas teşkil eden olayda Yargıtay 9. Ceza Dairesi ilk derece ceza mahkemesi olarak yargılama yapmıştır.

VII. RET TALEBİNİN ESASTAN İNCELENMESİ

A. Md. 27’de Öngörülen Usulün Özelliği

Ret talebi hakkında karar verilirken izlenecek olağan usul md. 27’de düzenlenmiştir. Bir ret talebi md. 31’e göre kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmemişse talep konusunda md. 27’de düzenlenen usule göre karar verilecektir.¹⁵⁴ Ancak koşulları oluşmadığı veya fark edilmediği için md. 31’e (Alman CMK § 26a) göre geri çevirme kararı verilmemiş olması, talebin aynı nedenlerden dolayı md. 27’ye göre reddine karar verilmesine engel değildir. Bu nedenle md. 27’ye (Alman CMK § 27) göre karar verecek merci, talebin md. 31’deki (Alman CMK § 26a) basit usule göre geri çevrilmesi gerektiği gerekçesi ile karar vermekten kaçınmaz.¹⁵⁵

Yukarıda açıklandığı üzere ret talebinin kabul edilebilirlik açısından incelenmesine ilişkin md. 31’deki usul, md. 27’deki temel usulden önce uygulanması gereken basitleştirilmiş bir usuldür. Bu husus, kaynak Alman CMK § 27/1’de “ret talebi kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmediyse” md. 27’deki usule göre talep hakkında karar verileceği belirtilerek,¹⁵⁶ açıkça ifade edilmiştir. Ancak CMK md. 27’de kaynak Alman kanundaki gibi bir açıklık olmaması ve md. 31’in md. 27’den sonra düzenlenmiş olması, her iki usul arasındaki farkın yeterince anlaşılmasına ve karıştırılmasına neden olacak nitelikte olduğu için madde metninde kaynak Alman CMK’daki gibi bir ibareye yer verilmesi yerinde olacaktır.

Md. 27’de (Alman CMK § 27) öngörülen inceleme ve karar usulü, duruşmanın bir parçası olmayıp hakkında ret talebinde bulunan hakim katılımlı olmaktan duruşma dışında gerçekleştirilen özel bir ara muhakemesi¹⁵⁷ ve verilen karar da bir ara kararı niteliğindedir.¹⁵⁸ Bu nedenle ret talebi hakkında duruşma dışında ve kanunda öngörülen mahkeme oluşumu ile karar verilmesi gerekir. Duruşma sırasında ileri sürülen ret talebi hakkında hemen duruşma salonunda görüşme yapılmış olması da durumu değiştirmez.¹⁵⁹

¹⁵⁴ CGK, 08.11.2022, E. 2019/9-489, K. 2022/704.

¹⁵⁵ Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 1.

¹⁵⁶ “Reddin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmemesi halinde, ret talebi hakkında reddedilenin mensubu olduğu mahkemeye reddi istenenin katılımı olmaksızın karar verilir.” Çeviri için ayrıca bkz. Feridun Yenisey, Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung (StPO)*, (2. Bası, Beta Basım Yayın 2015) 15.

¹⁵⁷ Türk hukukunda bu usul Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 259 tarafından “hakimin reddi davası” olarak ifade edilmektedir.

¹⁵⁸ Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 1; Heil (n 19) StPO § 27, Kn. 2; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 10.

¹⁵⁹ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 6.

B. Ret Talebi Hakkında, Reddedilen Hakimin Mensubu Olduğu Mahkemece Ancak Onun Katılımı Olmaksızın Karar Verilmesi

Ret talebinin esası hakkında reddedilen hakimin katılımı olmaksızın ve kural olarak mensubu olduğu mahkemece karar verilecektir. Çünkü reddedilen bir hakim, kendi tarafsızlığına karşı ileri sürülen şüpheler konusunda karar verirken içsel olarak tarafsız olamayacaktır.¹⁶⁰ CMUK 26/1’de “Ancak reddi istenen hakimin müzakereye iştirak edememesinden mahkeme teşekkül edemezse” denilerek, reddedilen hakimin katılamayacağı dolaylı bir şekilde ifade edilmişti. CMK md. 27/1’de ise, “Ancak, reddi istenen hakim müzakereye katılmaz.” denilerek, bu husus açıkça ifade edilmek istenmiştir. Ancak madde metninde “... hakim müzakereye katılamaz.” denmesi yerine, “... hakimin katılımı olmaksızın karar verilir.” denmesi daha isabetli olurdu. Çünkü burada kastedilen sadece müzakereye katılma yasağı değil, müzakereyi de içine alan ret talebinin esası hakkındaki karar sürecinin tümüne katılma yasağıdır.¹⁶¹ Nitekim kaynak Alman CMK § 27/1’de, mahkeme, ret talebi hakkında “reddi istenenin katılımı olmaksızın karar verir” denilerek, bu husus isabetli bir şekilde ifade edilmiştir.

Madde metnindeki mahkemeden kasıt, görülmekte olan ceza davası hakkında karar verecek olan ancak reddedilen hakimin yerine başka bir hakimin katılımı ile oluşan mahkemedir.¹⁶² Örneğin, ikiden fazla üyesi olan bir ağır ceza mahkemesinde davaya bakmakta olan üyelerden birinin reddi halinde davaya katılmamış olan diğer üyenin katılımı ile, bu da söz konusu değilse mahkemenin çalışma planına göre diğer daire üyelerinden veya o adliyedeki hakimlerden birisinin görevlendirilmesi ile mahkemenin oluşturulması söz konusu olabilecektir.¹⁶³

C. Mahkemenin Teşekkül Edememesi Halinde Karar Verecek Mercii

Kanun koyucu kanuni hakim güvencesini sağlamak için ret talebinin de davaya bakmakta olan mahkeme tarafından incelenmesini istemiştir. Ancak reddi istenen hakimin katılamaması nedeniyle mahkemenin teşekkül edememesi halinde ret talebinin başka bir mahkeme tarafından incelenerek karara bağlanması gerekir.

¹⁶⁰ Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 2.

¹⁶¹ Md. 227/1’de, “Müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur.” dendiği için dolaylı olarak reddedilen hakimin ret konusundaki karara da katılamayacağı sonucu çıkmaktadır.

¹⁶² Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 4; Heil (n 19) StPO § 27, Kn. 2.

¹⁶³ Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 115/1’e göre, “Herhangi bir nedenle görevine gelemeyen hâkimin yerine, bu hakim görevine başlayıncaya veya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yetkilendirme yapıncaya kadar, o yerdeki hâkimler arasından, adalet komisyonu başkanınca”; görevlendirme yapılabilir.

1. Mahkemenin Teşekkül Edememesi

Mahkemenin teşekkül edememesinden maksat mahkemenin ret nedeniyle karar vermesi için gerekli olan hakim sayısının mevcut olmamasıdır. Bu nedenle reddedilen hakimin yerine mahkemenin bir başka daire üyesinin görevlendirilmesi mümkün olduğu sürece mahkemenin teşekkül ettiğini kabul etmek gerekir.¹⁶⁴

Reddi istenen hakimin katılamaması nedeniyle mahkemenin teşekkül edememesi halinde ret talebinin esası hakkındaki kararın hangi merci tarafından verileceği md. 27/2'de gösterilmiştir. Buna göre, reddi istenen hakim asliye ceza mahkemesine mensup ise ret talebi hakkında bu mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunan ağır ceza mahkemesince karar verilecektir.¹⁶⁵ Asliye ceza mahkemeleri tek hakimli olduğu için (5235 sayılı Kanun md. 9/2) bu hakimin reddi halinde onun yerine bir başka asliye ceza mahkemesi hakimi görevlendirilerek mahkemenin teşekkül etmesi söz konusu değildir; bu durumda mahkemenin karar verme yeteneğinin ortadan kalktığını kabul etmek gerekir.¹⁶⁶ Ancak md. 27/1-a düzenlemesi asliye ceza mahkemelerini heyet halinde çalışan birden fazla hakimli bir mahkeme gibi kabul etmiştir. Diğer taraftan asliye ceza mahkemesi hakiminin reddi halinde talep hakkında bir başka asliye ceza mahkemesinin değil üst görevli mahkeme olan ağır ceza mahkemesinin karar vermesi tarafsızlığın sağlanması açısından yerinde olmuştur.

Ağır ceza mahkemesi başkan veya üyesinin reddi halinde mahkeme teşekkül edemezse, ret talebi hakkında o yerde ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daire, son numaralı daire için bir numaralı daire, o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde ise, en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından karar verilecektir (md. 27/1-b). Bu düzenleme ile kanun koyucu ağır ceza mahkemesi üyesi veya başkanının reddi halinde üst dereceli mahkeme olan bölge adliye mahkemesinin değil, bir başka ağır ceza dairesi veya mahkemesinin bakmasını güvence bakımından yeterli görmüştür.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 27, Kn. 11.

¹⁶⁵ Kaynak Alman CMK § 27/2'ye göre, asliye ceza mahkemesi hakiminin reddi halinde aynı mahkemenin bir başka hâkimi tarafından ret konusunda karar verilecektir.

¹⁶⁶ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 261'e göre ise, o yerde aynı mahkemenin bir başka dairesi varsa ve daireler arasında madde bakımından yetki bakımından bir özellik de yoksa mahkeme aynı olduğu için diğer daire ret davası hakkında karar verebilmelidir.

¹⁶⁷ İstinabe olunan hakimin reddine ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı için genel kural uyarınca (md. 27/1-2), reddolunan istinabe hakimi sulh ceza hakimi ise asliye ceza mahkemesince, asliye ceza mahkemesi hakimi ise ağır ceza mahkemesince ve ağır ceza mahkemesine mensup

2. Sulh Ceza Hakiminin Reddi Halinde

Sulh ceza hakiminin reddi halinde karar verecek merci kanunda özel olarak düzenlenmiştir. 6545 sayılı Kanun ile 2014 yılında sulh ceza mahkemelerinin kaldırılarak yerine sulh ceza hakimliklerinin kurulmasından önce bu mahkemeler tek hakimli olup (5235 sayılı Kanun md. 9/2) iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla dairesi oluşturulabiliyordu. Bir sulh ceza hakiminin reddi halinde bu mahkemenin diğer bir dairesi değil, asliye ceza mahkemesi ret konusunda karar veriyordu. 2014 değişikliğinden sonra da ret talebinin incelenmesi açısından bir değişiklik söz konusu olmayıp md. 27/2 uyarınca bir sulh ceza hakiminin reddi halinde bir başka sulh ceza hakimliği hakimisi değil, yargı çevresi içindeki asliye ceza mahkemesi ret konusunda karar verecektir.¹⁶⁸ Bu düzenleme, kanuni hakim güvencesi açısından eleştiriye açık olmakla birlikte karar verecek hakim tarafsızlığının sağlanması açısından yerindedir.¹⁶⁹ Reddi talep edilen hakim tek hakim ise, diğer bir ifade ile sulh ceza hakimliği işleri asliye ceza hakimisi tarafından görülüyorsa ret talebi hakkında hakim yargı çevresi içinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesince karar verilecektir (md. 27/2).¹⁷⁰

3. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtayın Ceza Dairelerinin Başkan ve Üyelerinin Reddi Halinde

Md. 27/3'e göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin başkan ve üyelerinin reddi talebi, mensubu olduğu dairece ancak reddi talep edilen başkan veya üyenin katılımı olmadan karara bağlanacaktır. 5235 sayılı Kanun uyarınca bölge adliye mahkemesi ceza dairesi bir başkan ve iki üyenin katılımı ile toplanıp karar vereceği (5235 sayılı Kanun md. 46/1) ve her dairede bir başkan ve yeteri kadar üye bulunacağı (md. 5235 sayılı Kanun md. 29/2) için davayı görmekte olan

ise kendi mahkemesince karar verilecektir. İstinabe olunan hakim katılmaması nedeniyle mahkemenin teşekkül edememesi halinde md. 27'deki usule göre ret konusunda karar verecek mahkeme belirlenecektir.

¹⁶⁸ Bkz. Ünver ve Hakeri (n 29) 211.

¹⁶⁹ Centel ve Zafer (n 1) 795 ise, sulh ceza hakimlikleri kurulduktan sonra madde metninin yeniden düzenlenerek sulh ceza hakiminin reddi halinde ret talebinin numara itibarıyla kendisini takip eden sulh ceza hakimince karara bağlanması gerektiği görüşündedirler.

¹⁷⁰ Bu düzenleme sulh ceza hakimliği kurulmamış küçük adliyeler açısından önem taşımaktadır. Çünkü birçok adliyede müstakilen görevlendirilmiş sulh ceza hakimleri bulunmamakta, bu görevler adliyedeki diğer hakimler, örneğin asliye ceza, asliye hukuk veya sulh hukuk hakimlerince yürütülmektedir. Bu nedenle soruşturma evresinde reddi talep edilen sulh ceza hakimisi, asliye ceza veya asliye hukuk mahkemesi hakimisi ise ret talebi ağır ceza mahkemesince karara bağlanacaktır.

üyelerinden birinin reddi halinde dairenin diğer üyelerinden birinin katılımı ile ret konusu görüşülüp karara bağlanacaktır. Daire üyelerinin her ikisinin de reddedilmesi halinde dairenin diğer üyelerinin katılımı ile heyet oluşturulamaz ise 5235 sayılı Kanun md. 46/2 anlamında dairenin hukuki nedenlerle toplanamaması söz konusu olacak ve bu durumda bölge adliye mahkemesi başkanının kararıyla diğer dairelerden, bu da mümkün olmazsa Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından diğer bölge adliye mahkemelerinden görevlendirilecek üyelerin katılımı ile eksiklik tamamlanacaktır.¹⁷¹ Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi başkanının reddi halini ise 5235 sayılı Kanun md. 46/3 uyarınca başkanın hukuki nedenlerle bulunamaması olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda dairenin en kıdemli üyesi dairenin ret konusundaki toplantısına başkanlık yapacaktır.

Yargıtay **ceza daireleri ve CGK** üyelerinin reddine ilişkin düzenleme CMK'da değil Yargıtay Kanunu md. 39'da yapılmıştır. Ancak hemen belirtelim ki Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre md. 39 düzenlemesi, Yargıtay daire ve kurullarındaki temyiz incelemesi sırasında yapılan ret taleplerine ilişkin olup, ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktıkları davalarda ileri sürülen ret taleplerine ilişkin olarak CMK md. 24 ve devamında yer alan hükümler uygulanacaktır.¹⁷² Yargıtay Kanunu md. 39/3'e göre, "Dairelerin veya genel kurulların başkan ve üyeleri reddolunabilirler. Ret hususundaki talepler, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin karara bağlanır."¹⁷³ Her ceza dairesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunması kabul

¹⁷¹ Ret nedeniyle oluşacak hakim eksikliği md. 46/2'te öngörülen usulde tamamlanacağı için kanunda, reddedilen dairenin heyet oluşturamama durumu ortaya çıkmayacağından hareket edilerek, ağır ceza mahkemelerindeki gibi bir başka dairenin karar vermesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

¹⁷² CGK, 08.11.2022, E. 2019/9-489, K. 2022/704: "Yargıtay Kanunu'nun 39. maddesinde dairelerin veya genel kurulların başkan ve üyelerinin reddolunabilecekleri düzenlenmiş ise de anılan madde içerisinde daire ve kurullarda temyiz incelemesi sırasındaki müzakerelerin gizli yapılmasının belirtilmesi, dairelerin ilk derece mahkemesi olarak bakmakta oldukları davalarda duruşma esnasında hâkimin reddedilmesi hâlinde izlenecek usule dair bir ibarenin bulunmaması nedenleriyle anılan düzenlemenin, Yargıtayın temyiz mercisi olarak baktığı davalar için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Keza 5271 Sayılı Kanun'un 268. maddesinin üçüncü fıkrasının 'e' bendinde Yargıtay Ceza Dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazların incelenme mercisinin de belirlenmesi karşısında, Yargıtay Ceza Dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktıkları davalarda vuku bulan hâkimin reddi taleplerine ilişkin olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 24 ve devamında yer alan düzenlemelere göre hareket edilmesi gerektiği kabul edilmelidir." Aynı yönde: CGK, 09.11.2021, E. 2020/144, K. 2021/537.

¹⁷³ Ancak bu düzenlemenin, ret talebinin CMK md. 31 uyarınca reddi talep edilen üyenin katılımı ile daire tarafından geri çevrilmesine engel teşkil etmediğini belirtmek gerekir.

edildiği (Yargıtay Kanunu md. 5) için bir üyenin reddi halinde meydana gelen eksiklik dairenin diğer üyelerinden tamamlanacaktır. Daireler heyet halinde çalışmakta ve heyet, bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanıp karar vermektedir (Yargıtay Kanunu md. 40/1). Heyetteki bir veya birden fazla üyenin reddi nedeniyle karar için gerekli sayı elde edilemez ve daire toplanamaz ise eksikliğin nasıl giderileceğine ilişkin bölge adliye mahkemelerindeki gibi bir düzenlemeye Yargıtay Kanununda yer verilmemiştir. Bunun yerine Yargıtay Kanunu md. 39/3 cümle 3'te, "Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez." denilerek, böyle bir durumda ret talebinin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁷⁴

Yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay içtihatlarına göre md. 39 düzenlemesi temyiz incelemesi bakımından geçerli olduğu için, bir ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı hallerde dairenin toplanmasını engelleyecek nitelikte toplu ret talepleri yapılabilecektir. Buna karşın temyiz incelemesi yapacak daire üyelerinin toplanmasını engelleyecek şekildeki ret talepleri kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilecektir. Kanaatimizce temyiz incelemesi yapacak dairenin toplanmasını engellediği gerekçesi ile tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterebilecek sebeplerin bulunduğu Yargıtay üyelerinin reddedilemeyeceğinin kabul edilmesi, AY ve AİHS tarafından güvence altına alınan hakimin tarafsızlığı ilkesine ve aynı nedenle AY md. 36'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bakmakta olduğu davalarda taraflılık şüphesi nedeniyle daire üyelerin reddinin sadece dairenin toplanmasını engellediği gerekçesi ile geri çevrilmesi kabul edilemez. Ret talebini geri çevirme nedenleri CMK md. 31/1'de sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu madde hükmü kötü niyetli ret taleplerini önlemek bakımından yeterlidir.¹⁷⁵ Bunlardan biri veya birkaçı bulunmuyorsa sadece heyet oluşturulamayacağı gerekçesi ile ret talebinin geri çevrilmesi kabul edilemez. Yargıtayda yeterince ceza dairesi ve üye bulunduğu göre, ret nedeniyle heyet oluşturulamaması halinde bir başka dairenin ret talebi konusunda karar vermesini veya başka bir daire üyesinin katılımını öngören bir düzenleme ile sorun kolayca çözülebilecektir.

¹⁷⁴ CGK., 03.03.1986 -505/87 [Yaşar (n 134) 217-218]: "Yasa koyucu, sevkettiği özel hükümlerle Yargıtay Daire Başkanı ve Üyelerinin red istemleri konusunda yeni bir düzenleme getirmiş; dairelerin ve genel kurulların toplantılarını engelleyecek nitelikte red istemlerini 'toplu red' olarak niteleyerek, bu tür red istemlerinin dinlenmeyeceği de açıkça belirtilmiştir"

¹⁷⁵ Bu nedenle söz konusu düzenlemenin amacının Yargıtay daire ve kurullarının çalışmasını engellemeye yönelik, kötü niyetli toplu ret taleplerinin önüne geçmek olduğu yönündeki doktrinde ileri sürülen görüş [bkz. Kolcu (n 79) 393] yerinde değildir.

Uygulamada temyiz incelemesi yapacak daire üyelerinin tümünün reddi ile karşılaşma ihtimali pek olmasa da bir dairenin ilk derece ceza mahkemesi olarak davalara bakması son yıllarda oldukça sıkça karşılaşılan bir durum olduğu için birden fazla üyenin reddi de mümkündür. Yargıtay ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı hallerde CMK uyarınca heyetin birden fazla üyesinin reddi mümkün olduğuna göre, öncelikle bu durumda reddedilen üye veya üyelerin katılmaması nedeniyle heyet oluşturulamayan hallerde ret talebine hangi dairenin bakacağını veya eksikliğin nasıl giderileceğini açıklığa kavuşturan bir düzenleme yapılmalıdır.

Özet olarak belirtmek gerekirse, hem Yargıtay Kanunu md. 39/3 cümle 3'teki, "Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez." hükmü kaldırılmalı hem de ret nedeniyle karar verecek heyetin oluşturulamaması halinde heyetin nasıl oluşturulacağına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.

D. Ret Talebinin Esastan İncelenmesi Usulü

Ret talebinin esastan incelenmesi usulüne ve bunun için duruşma yapılmasına ilişkin olarak CMK'da bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle ret talebi hakkındaki inceleme, duruşma dışında ve dosya üzerinden yapılmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere ret talebinin incelenmesi duruşmanın bir parçası olmayıp özel bir ara muhakemesi olduğu için duruşma için geçerli olan alenilik ilkesi burada geçerli değildir.¹⁷⁶

Davanın esası hakkında karar verecek hakim yanında ret talebini inceleyecek mahkemenin diğer üyelerinin de reddedilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda önce ret talebini inceleyecek hakim hakkındaki talep incelenip karara bağlanmalı; bu talebin reddedilmesi halinde bu hakim de katılımı ile oluşturulacak mahkeme, reddi talep edilen ve esasa ilişkin karar verecek hakim hakkındaki ret talebini değerlendirmelidir.¹⁷⁷

Mahkeme, ileri sürülen ret nedenleri hakkında, başvuru sahibi tarafından ortaya konulan nedenlere ve reddedilen hakim resmî açıklamalarına dayanarak kararını verir.¹⁷⁸ Ancak, sadece kanuni süresi içinde inandırıcı bir şekilde

¹⁷⁶ Heil (n 19) StPO § 27, Kn. 12; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 19-21; Centel (n 14) 120-121; Tuncer (n 10) 254.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 10. 11. 1967 - 4 StR 512/66 (LG Münster), NJW 1968, 710; Centel (n 14) 121. Bu açıdan örneğin, bir asliye ceza mahkemesi hakiminin reddi halinde ret talebini inceleyecek ağır ceza mahkemesi üyesinin de reddi halinde, önce ağır ceza mahkemesi üyesi hakkındaki talep incelenip karar verilmelidir.

¹⁷⁸ Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 30; Heil (n 19) StPO § 27, Kn. 12; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 20.

ortaya konan ret nedenleri dikkate alınabilir¹⁷⁹ Ret talebinde bulunan talebini neye dayandırmak istediğine kendisi karar vermeli ve bunun gerekçelerini de bizzat ileri sürmelidir. Ancak hakim hakkında bir görev yasağının tespit edilmesi halinde bu hususun mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerekir.¹⁸⁰

Ret talebi Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmamışsa karardan önce (md. 33 uyarınca) Cumhuriyet savcısının görüşü alınmalıdır. Md. 33'te belirtilmemiş olsa da adil yargılanma hakkı kapsamında hukuki dinlenilme hakkının¹⁸¹ gereği olarak diğer muhakeme katılanlarının da ret talebi konusunda dinlenmesi gerekir. Kaynak Alman CMK § 33'te duruşma dışında verilecek kararlarda muhakemeye katılanların dinlenmesi açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle Alman uygulamasında ret talebinde bulunmamış olan muhakeme katılanlarının da (örneğin katılan) sözlü bir duruşma yapılmadan dinlenmesi kabul edilmektedir.¹⁸²

Ret talebi hakkında karar vermek için delil toplanması gerekip gerekmediğini mahkeme takdir edecektir. İspat konusunda serbest ispat usulü geçerlidir. Reddedilen hakimin bildirdiği görüşleri yanında gerekli olması halinde ret talebinde bulunan tarafından bildirilen tanık da dinlenebilir.¹⁸³ Ret sebebi olarak ileri sürülen olaylar mahkemenin bizzat önünde gerçekleşmişse mahkeme kendi algıladıklarına dayanarak karar verebilir.¹⁸⁴

E. Ret Talebi Konusunda Mercii Kararı ve Etkisi

Mahkeme, ret talebi hakkında muhakemeye katılanlar hazır bulunmaksızın kararını verir.¹⁸⁵ Mahkemenin kararı ya ret talebinin kabulü ya da reddi şeklinde olabilir (CMK md. 28, Alman CMK § 28). Madde 28/1'de "ret talebinin kabul edilmemesi" terimi kullanılmaktaysa da "ret talebinin reddi" terimi daha uygun olduğudur¹⁸⁶ için çalışmada bu terim tercih edilmiştir.

¹⁷⁹ BGH Beschluss v. 7.11.2012 - 2 StR 629/11, BeckRS 2012, 24884.

¹⁸⁰ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 20.

¹⁸¹ Hukuki dinlenilme hakkının niteliği ve kapsamı hakkında bkz. Abdullah Batuhan Baytaç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Saniğin Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (Oniki Levha Yayıncılık, 2021) 17 vd., 24 vd.

¹⁸² Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 30.

¹⁸³ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 21; Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 30-31.

¹⁸⁴ BGH, Beschl. v. 18.5.2022 - 3 StR 181/21, NStZ-RR 2022, 345.

¹⁸⁵ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 28.

¹⁸⁶ Aynı yönde Ömeroğlu (n 80) 79.

Burada öncelikle ret talebi hakkında md. 31 uyarınca merci tarafından kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilme kararı verilmemiş olmasına rağmen merci tarafından md. 28 uyarınca yapılan incelemede md. 31'deki geri çevirme nedenlerinden birinin veya birkaçının bulunduğu tespit edilmesi halinde nasıl bir karar verilmesi gerektiği sorunu üzerinde durmak gerekir. Çünkü md. 28'de, sadece ret talebinin "kabulüne" ve "kabul edilmemesine ilişkin" karardan bahsedilmekte, ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesine ilişkin bir ifadeye yer verilmemektedir. Buna karşın yukarıda açıklandığı üzere kaynak Alman CMK'ya göre, ret talebi hakimin mensubu olduğu mahkemece kabul edilemez bulunarak geri çevrilmemiş olsa bile talebi esastan inceleyen merci koşulları varsa geri çevirme kararı verebilmektedir.¹⁸⁷ Çünkü Alman CMK § 28/2'de¹⁸⁸ ret talebini inceleyen mahkemenin ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesine de karar verebileceği açıkça belirtilmiştir.¹⁸⁹

Kanaatimizce ret talebini md. 28 uyarınca inceleyen merci, md. 31'deki geri çevirme nedenlerinden birisinin bulunduğunu tespit etmesi halinde md. 28'in ifadesi nedeniyle geri çevirme kararı değil, ret talebinin kabul edilmemesine, yani ret talebinin reddine karar vermelidir. Ancak bu konudaki tereddüdü gidermek ve mercii bu konuda açıkça yetkilendirmek açısından Alman düzenlemesindeki gibi CMK md. 28'de ret talebinin merci tarafından reddedilebilmesinin yanında "ret talebinin kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmesi" kararı verebilmesine de imkan veren bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.¹⁹⁰

CMUK md. 26/2 cümle 2'de, "Red olunan hakim, ret talebinin haklı olduğunu kabul ederse ret hakkında bir karar verilmez" denilerek, sulh hakiminin reddi ile bağlantılı bir düzenlemeye yer verilmişti.¹⁹¹ Bu düzenleme CMK md.

¹⁸⁷ BGH, Beschl. v. 28.5.2020 – 1 StR 108/20, NStZ 2020, 620.

¹⁸⁸ Alman CMK § 28/2'de, "reddin kabul edilemez bulunarak geri çevrilmesi" ("die Ablehnung als unzulässig verwerfen") ve "reddin temelsiz bulunarak reddi" ("die Ablehnung als unbegründet zurückweisen") ayrımı yapılmaktadır.

¹⁸⁹ Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 28; Siolak (n 14) StPO § 27, Kn. 33.

¹⁹⁰ Nitekim Alman CMK § 28'de 1964 yılında yapılan değişikliğe kadar kanunda bu husus açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte merci tarafından bu kararlar verilebilmekteydi; madde metninde yapılan değişiklik hakkında bkz. Siolak (n 14) StPO § 28, s. 837.

¹⁹¹ CMUK md. 26/2 cümle 2 düzenlemesi Alman CMK § 27/3'ten alınmıştı. Alman CMK § 27/3'e göre, "Asliye mahkemesinin hakimi reddedilirse, aynı mahkemenin bir başka hâkimi karar verir. Reddi istenen hâkim, isteğin yerinde bulunduğunu kabul ederse, karar verilmesine lüzum yoktur." şeklindedir. Sadece asliye mahkemesi hakiminin reddi açısından geçerli olan bu düzenlemeye göre, hakkındaki ret talebini inceleyen asliye mahkemesi hakimi talebin yerinde

27'ye alınmadığı için reddi istenen hakim ret talebini kabul etse bile merci tarafından talebin kabulü veya reddi konusunda mutlaka karar verilmesi gerekmektedir.¹⁹² Bu nedenle md. 27/4'te yer alan "Ret isteminin kabulü halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir." hükmü, reddi istenen hakimin ret talebinin haklı olduğunu kabul etmesi anlamında olmayıp, ret talebinin merci tarafından kabul edilmesini ifade etmektedir.

Ret talebinin reddine karar verilmesi¹⁹³ ve bu kararın kesinleşmesi ile reddedilen hakim tekrar mahkemesine dahil olup duruşmaya katılmaya başlayacak ve ret talebinden önceki hukuki durum tekrar ortaya çıkacaktır. Ret talebinin esası hakkında karar verildikten sonra aynı içerikte yeniden yapılan ret talebi kabul edilmezlik nedeniyle (md. 31, Alman CMK § 26a) geri çevrilecektir.¹⁹⁴

CMUK md. 26/3'te ret talebinin reddi halinde merci tarafından talepte bulunan aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekiyordu. Davasının tarafsız bir hakim tarafından görülmesini isteme hakkının kullanılmasını engelleyici nitelikteki bu düzenlemenin CMK'ya alınmaması isabetli olmuştur.¹⁹⁵

Ret talebinin kabulüne karar verilmesi halinde ise bu karar kesin olduğu¹⁹⁶ için kararın verilmesi ile birlikte reddedilen hakim artık dava konusu ile ilgili herhangi bir faaliyette bulunamaz. Kabul kararından itibaren görev yasağı olan hakim gibi bu hakimin davaya katılması yasaklanmış olur ve hakimin davaya

olduğunu kabul ederse artık ret konusunda bir karar verilmesi gerekli değildir. Ancak asliye mahkemesi bu durumda diğer bir hakiminin karar vermesini isteyebilir. Bkz. Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 27, Kn. 7. CMUK md. 26/2 cümle 2'de kaynak Alman düzenlemesinden farklı olarak, "red hakkında bir karar verilmez" denilerek bu husus bir zorunluluk olarak kabul edilmişti. Türk hukukunda bu düzenleme bazı yazarlarca sadece sulh ceza hakimleri için değil, hatalı bir şekilde bütün hakimler hakkındaki talepler için geçerliği olduğu şeklinde anlaşılmıştır. Bkz. Yaşar (n 134) 214.

¹⁹² Bu açıdan Öztürk (n 98) 184'ün, "İlgililer hakimin reddi iddiasında bulduklarında, bu iddia hakim tarafından ya kabul edilir, ya da edilmez. Kabul durumunda davaya bakması için bir başka hakim ya da mahkeme görevlendirilir (CMK m. 27/4)." Görüşüne katılmıyoruz. Yine aynı yöndeki Kolcu (n 79) 396'nın, "... ret istemi, reddi istenen hakimin mensup olduğu mahkemeye verilecek, bu hakim tarafından bir ön inceleme yapılacaktır. Bu inceleme sonunda, hakim ret istemini kabul ederse, başkaca bir inceleme yapılmayacak ve davaya bakacak başkaca bir mahkeme veya hakimi görevlendirecektir" açıklaması da isabetli değildir.

¹⁹³ Md. 28'in ifadesi ile "ret isteminin" "kabul edilmemesine" ilişkin karar.

¹⁹⁴ Siolek (n 14) StPO § 27, Kn. 42-43; Heil (n 19) StPO § 27, Kn. 15; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 27 Kn. 32.

¹⁹⁵ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 222.

¹⁹⁶ CMK md. 28, Alman CMK § 28/1.

katılması kesin hukuka aykırılık oluşturur (CMK md. 289/1-c, Alman CMK § 338 Nr. 3). Kararın verilmesi ile ortaya çıkan yasaklılık muhakemenin tümü için geçerli olup, ret talebinde bulunmamış olan suç ortağı diğer sanıklar hakkında yapılacak muhakemeyi de kapsar.¹⁹⁷ Ancak bu kabul kararı, hakimin, ret talebinde bulunan sanığın başka bir davasına bakmasına engel teşkil etmez.

F. Ret Talebinin Kabulüne İlişkin Kararın Kesinliği

Ret talebinin kabulüne ilişkin karar kesin olup (md. 28, Alman CMK § 28/1) bu karara karşı herhangi bir kanun yolu kabul edilmemiştir. Bu kesinlik söz konusu kararların istinaf ve temyiz aşamasında incelenmesine de engel teşkil eder.¹⁹⁸ Çünkü bu durumda kanun yolu başvurusu için pratik bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Böyle bir karara karşı sadece ret talebinin karşısında yer alan tarafın, bir ret nedeninin varlığının hukuka aykırı olarak kabulü sonucunda kanuni hakim güvencesinin ihlal edildiğini ileri sürebileceği, bu görüşe karşı da yerinde olarak kanuni hakim güvencesinin bu kadar geniş olarak kabul edilmemesi gerektiği, reddi kabul edilen hakim yerine görevlendirilen hakimin de kanuni hakim olduğu görüşü ileri sürülmektedir.¹⁹⁹

G. Ret Talebinin Kabulü Üzerine Başka Bir Hakim veya Mahkemenin Görevlendirilmesi

Ret talebinin merci tarafından kabulü halinde, bu merci davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkemeyi görevlendirecektir (md. 27/4). Ancak bu

¹⁹⁷ Şahin ve Göktürk (n 1) 250.

¹⁹⁸ CMK md. 28'deki, "Ret isteminin kabulüne ilişkin kararlar kesindir" hükmüne rağmen, md. 287'deki, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden kararların hükümlerle birlikte temyiz edilebileceğine ilişkin düzenlemeye dayanılarak, ret talebinin kabulüne ilişkin ara kararlarının temyiz kapsamında incelenebileceği ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde, hakimin reddi talebinin kabulüne dair kararların hükümlerle birlikte incelenebileceği görüşü ileri sürülmektedir: Bkz. Devrim Aydın, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz' (2006)(65) TBB Dergisi 61, 65. Kaynak Alman CMK § 28/1'de, ret talebinin kabulüne ilişkin kararların kesin olduğu hüküm altına alınmış olmakla birlikte, md. 336'da, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden kararların da temyiz mahkemesinin incelemesi kapsamında olduğu belirtildikten sonra "açıkça kesin olduğu belirtilen kararlar" hakkında bu hükmün uygulanmayacağı, yani bunların temyiz yolunda incelenmeyeceğinin ifade edilmesi gerekmiştir. Kesin olduğu belirtilen ara kararlarının hükümlerle birlikte incelenemeyeceğini ortaya koymak bakımından benzer bir düzenlemeye CMK md. 287'de de yer verilmesi yerinde olacaktır.

¹⁹⁹ Siolek (n 14) § 28, Kn. 1; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 28 Kn. 2. Ancak ret nedeninin sadece hukuka aykırı olarak değil ayrıca keyfi olarak kabul edilmesinin temyiz nedeni oluşturulabileceği kabul edilmektedir: bkz. Siolek (n 14) StPO § 28, Kn. 1.

hükümün uygulanabilmesi için ret talebinin kabulü sonucu mahkemenin karar veremeyecek durumda olması gerekir. Bu nedenle bir ağır ceza mahkemesi üyesinin reddi talebinin kabul edilmesi halinde başka bir üyenin, örneğin yedek üyenin, görevlendirilmesi ile mahkeme teşekkül ediyorsa davaya bakmakla başka bir mahkemenin görevlendirilmesi yoluna gidilemez; yedek üyenin katılımı ile aynı mahkemenin davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

Ret talebinin kabulü halinde merci tarafından yapılacak görevlendirmede kanunlardaki yetki ve görev kurallarına uygun işlem yapılması gerekir. Bu açıdan soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin reddi talebinin asliye ceza mahkemesi tarafından (md. 27/2) kabul edilmesi halinde başka bir sulh ceza hakimi görevlendirilmelidir.²⁰⁰ O yerde birden çok sulh ceza hakimliği varsa numara olarak kendisini izleyen hakimliğin, o yerde tek sulh ceza hakimliği varsa en yakın sulh ceza hakimliğinin görevlendirmesi gerekir.²⁰¹ Bu nedenle soruşturma evresinde görev yapan bir sulh ceza hakiminin reddi talebinin kabul edilmesi halinde merci tarafından bir asliye ceza mahkemesinin görevlendirilmesi kanuna aykırıdır. Çünkü kanunlarda gösterilen istisnalar dışında soruşturma evresinde “hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek” sulh ceza hakimliklerinin münhasır yetkisindedir (5235 sayılı Kanun md. 10/1). Sulh ceza hakimliğinin görev ve yetkileri kanunla belirlenmiş olduğundan, bu yetkilerin başka hakim veya mahkemelerce kullanılması mümkün değildir.²⁰² Diğer taraftan kanuna aykırı olarak böyle bir görevlendirme yapılmışsa artık verilen kararlar hukuken geçerli olup, idari mercileri ve savcılıkları

²⁰⁰ 16. CD, 14.07.2017, E. 2015/13, K. 2017/3, Yaşar ve Otacı (n 10) 243.

²⁰¹ Mustafa Özen (n 101) 223.

²⁰² 16. CD, 14.07.2017, EK. 2015/13, K. 2017/3 [Yaşar ve Otacı (n 10) 243]: “5235 sayılı Kanunun değişik 10. maddesi ile CMK m.101/1, 103, 108/1 ve 268/3 incelendiğinde, soruşturma aşamasında tutuklama ve tahliye kararlarını yalnızca sulh ceza hakimliği ve hakimi verebilir. Tutukluluğa itirazı ise, CMK m.268/3 uyarınca sadece bir başka sulh ceza hakimliği ve hakimi inceleyebilir. Soruşturma aşamasında tutuklama ve tahliye konusunda asliye ceza mahkemesine ve hakimine yetki verilmemiştir. Asliye ceza mahkemesi, ancak kabul ettiği iddianamenin kovuşturmasını yürütürken tutuklama tedbiri ile ilgili kararlar verebilir. Bunun dışında Anayasa ve kanunlar asliye ceza mahkemelerine, doğrudan veya dolaylı olarak soruşturma aşamasına müdahale etme yetkisi vermemiştir. ... Bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesi red talebini yerinde görürse ancak aynı yer ya da yargı çevresinde bulunan bir başka sulh ceza hakimini görevlendirebilir.” Aynı görüşte bkz. Şen, “Hakimin Reddi”: “Hakimin red sebebinin incelemeyi yapan mahkemece kabul edilmesi halinde, reddedilen hakimin yerine aynı görevi yapan hakim yargılama yetkisini kullanacaktır. Reddi kabul eden asliye ceza mahkemesi; dilediği mahkeme, hakimlik ve hakimi yargılama yetkisini kullanmakla yetkili kılamaz. Asliye ceza mahkemesinin, sulh ceza hakimliği üzerinde bu tür bir görevlendirme ve ‘üst/yüksek görevli mahkeme’ sıfatıyla hareket etme yetkisi de yoktur.”

bağlar. Bu kararların hukuka aykırı olduğu düşünüldüğünde ceza muhakemesi sistemi içinde mevcut denetim mekanizması işletilebilir.²⁰³

H. Ret Talebinin Reddine İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu

1. CMK'nın Kabul Ettiği Yeni Sistem

Ret talebinin reddi üzerine başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin olarak CMUK md. 27'de "Reddin kabul edilmemesine dair olan karar aleyhine acele itiraz yoluna" başvurulması (fık. 1), "red talebinin esassız olduğuna dair son tahkikatla verilecek karar aleyhine" ise "ancak hüküm ile birlikte kanun yoluna" başvurulması kabul edilmişti (fık. 2). CMUK md. 27'deki bu düzenleme, kaynak Alman kanunundaki ayırım yeterince dikkate alınmadan ifade edildiği için aynı işleme karşı hem itiraz hem de temyiz yolunun kabul edildiği şeklinde anlamaya neden olabilecek nitelikteydi.²⁰⁴ Çünkü **Alman CMK § 28/2'da ret** talebinin kabul edilebilir olmadığına veya esasına ilişkin ret kararlarına karşı **sadece acele itiraz yoluna** gidilebilmesi kabul edilmiş (cümle 1); buna karşın davaya bakmakla görevli olan hakim²⁰⁵ hakkındaki ret taleplerinin kabul edilebilir olmadığına veya esastan reddine ilişkin kararların ise sadece hükümle birlikte kanun yolunda incelenebilmesi kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kovuşturma evresinde davaya bakmakla görevli hakime (karar hakimine) yönelik bir ret talebinin reddi kararına karşı sadece hüküm ile birlikte kanun yoluna (istinaf ve temyiz) başvurulabilmekte, bunun dışındaki diğer ret kararlarına karşı ise sadece acele itiraz yoluna gidilebilmektedir. Karar hakiminin reddine ilişkin ret taleplerine karşı sadece hüküm ile birlikte istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilmesinin gerekçesi, yapılacak veya devam eden duruşmanın itiraz başvurusu ile gecikmesinin önlenmek istenmesi olarak gösterilmiştir.²⁰⁶ Kanun yoluna ilişkin bu düzenlemenin

²⁰³ Ünver ve Hakeri (n 29) 211.

²⁰⁴ CMUK'un düzenlemesinin de kaynak Alman CMK'daki gibi, son soruşturmada duruşma başladıktan sonra yapılan ret taleplerinin reddi kararına karşı itiraz değil sadece hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabileceği [bkz. Yargıtay 4. CD. 29.04.1987, 3741/4283, Yaşar ve Otacı (n 10) 252], diğer ret taleplerinin reddine karşı ise sadece acele itiraz yoluna başvurulabileceği şeklinde anlaşılması gerekiyordu. Ancak uygulamada bu ayırma yeterince dikkat edilmediği ve ne zaman itiraz ne zaman temyiz yoluna başvurulabileceğine ilişkin hususlarda gerekli açıklamalara yer verilmediği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 8. CD. 04.12.1987, 036-10794, Yaşar ve Otacı (n 10) 254.

²⁰⁵ Kaynak Alman hukukunda bu hakim, "erkenennder Richter" = karar hakimi, olarak ifade edilmektedir. Tanımlama için bkz. Beulke ve Swoboda (n 138) StPO § 4 Kn. 123.

²⁰⁶ Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 11

Alman doktrininde, itiraz mercii tarafından bu konuda bir karar verilmesinde mahkemenin menfaatinin olabileceği, ret talebinin itirazın incelenmesi ile özellikle verilen hükmün temyiz yolunda bozularak yeniden duruşma yapılması riskini ortadan kaldırılabileceği belirtilerek, yerinde olarak eleştirildiğini belirtmek gerekir.²⁰⁷

Buna karşın CMK md. 28’de, hangi hakime karşı yapıldığına bakılmaksızın ret talebinin reddedilmesi **halinde bu karara itiraz** edilebilmesi ve **itiraz üzerine verilen ret kararının da hükümle birlikte kanun yolunda incelenebilmesi** kabul edilmiştir.²⁰⁸ Bu düzenleme dikkate alınarak önce ret talebinin reddi kararına karşı itiraz kanun yoluna kısaca değinildikten sonra, itiraz üzerine verilen ret kararının hükümle birlikte incelenmesine ilişkin hususlar detaylı olarak ele alınacaktır.

2. Ret Talebinin Reddine Karşı İtiraz

İtiraz kanun yoluna başvuru hakkı sadece ret talebinde bulunana ait olup, ret hakkına sahip olup da bu hakkını kullanmamış olanlar ret kararına karşı itiraz edemezler. Yine reddi istenen hakim de itiraz hakkı yoktur.²⁰⁹

İtiraz, kararın öğrenildiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie başvurularak yapılacaktır (md. 268/1). Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltecek, yani ret talebini kabul ederek davayı bakmakla görevli hakim veya mahkemeyi belirleyecek, yerinde görmezse dosyayı en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir (md. 268/2). İtirazı inceleme mercii,²¹⁰ itiraz konusunda duruşma yapmaksızın, dosya üzerinden karar verecektir (md. 271/2). Mercii gerekli görüldüğünde önce

²⁰⁷ Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 11. Yine bir itiraz mahkemesinin duruşma başında yapılan bir ret talebini kabul etmeye, bir temyiz mahkemesinin birçok duruşma gününden ve aylar geçtikten sonra yapılan ret talebine göre daha eğilimli olabileceği de belirtilmektedir: Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 11.

²⁰⁸ Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin başkan veya üyelerine yönelik ret taleplerinin esassız olduğuna dair verilen karara karşı sadece hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabileceği yönündeki görüşler [bkz. Yaşar ve Otacı (n 10) 252], CMUK md. 27/2 ile ilgili olup, CMK md. 28 açısından herhangi bir geçerliliği yoktur.

²⁰⁹ Siolek (n 14) StPO § 28, Kn. 5; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 28 Kn. 5; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 28, Kn. 3; Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 3-5.

²¹⁰ İtirazları incelemeye yetkili merciler md. 267/3’te gösterilmiştir. Yargıtay ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları ceza davalarındaki ret taleplerinin reddine karşı yapılan itirazları, numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceleyecektir (md. 267/3-e).

Cumhuriyet savcısını ve sonra da müdafii veya vekili dinleyebilir (m. 271/1). Dinleme yapılmasının, duruşma yapılacağı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.²¹¹

İtiraz mercii itiraz edilen kararı hem maddi hem de hukuki yönden olmak üzere tam bir incelemeye tabi tutarak, itiraz konusu hakkında kendi kararını vermelidir. Bunun için, itiraz konusunu bizzat aydınlatmalı ve henüz bildirilmemiş reddi istenen hakimnin resmi görüşünü de alarak kararını vermelidir.²¹² Mercii, itirazı haklı görmediği takdirde ret kararı verecek, buna karşın itirazı yerinde görürse, yani ret nedeninin bulunduğu sonucuna varırsa hukuka aykırı ret kararını kaldıracaktır (md. 271/2). İtirazı yerinde gören mercii, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vermesi gerektiği için (md. 271/2), ret talebinin kabulünde olduğu gibi itirazın kabulü halinde de md. 27/4 uyarınca davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkemeyi görevlendirmesi gerekmektedir. Bu görevlendirme de yine kanunda öngörülen görev ve yetki kurallarına uygun şekilde yapılmalıdır.²¹³ Ancak itiraz mercii, davaya bakacak hakim veya mahkemeyi belirleyebilmesi için ret talebinin kabulü ile mahkemenin oluşamayacak hale gelmesi gerekir.

Kanunda öngörülen istisnalar dışında itiraz üzerine mercii verdiği karar kesin olduğu için (md. 271/4), mercii tarafından verilen **itirazın kabulüne ilişkin kararın** (itiraz yoluna başvurmamış olan tarafın başvurusu üzerine de olsa) hükümle birlikte kanun yolunda incelenmesi mümkün değildir.

3. İtiraz Üzerine Verilen Ret Kararının Hüküm ile Birlikte Kanun Yolunda İncelenmesi

Kanun koyucu md. 28 cümle 2’de ret talebinin reddi kararına karşı yapılan itiraz üzerine verilen ret kararının hükümle birlikte kanun yolunda incelenmesini kabul ederek, itiraz üzerine mercii tarafından verilen kararların kesinliği (md. 271/4) ilkesine önemli bir istisna getirmiştir.²¹⁴ CMK md. 28 hükmü, CMUK md. 27’den ayrılarak, ret talebinin kural olarak hangi hakime yönelik olduğuna bakılmaksızın aleyhine itiraz yoluna başvurulmasını ve itirazın reddi halinde de ret

²¹¹ Aydın (n 198) 70’e göre, md. 271/1’de geçen “dinleme” ifadesi, “görüşlerinin yazılı olarak alınması” biçiminde anlaşılmalıdır.

²¹² Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 4; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 28 Kn. 6.

²¹³ Bu nedenle soruşturma evresinde tutuklama kararına yapılan itirazı inceleyecek olan sulh ceza hakiminin ret talebinin reddi üzerine yapılan itirazı inceleyecek mercii olan asliye ceza mahkemesinin itirazı kabul etmesi halinde, tutuklama kararına yapılan itirazı inceleyecek hakimi belirlerken bir asliye ceza mahkemesini değil, yukarıda açıklandığı üzere 5235 sayılı Kanun md. 10’daki görev kuralına uygun olarak bir başka sulh ceza hakimini görevlendirmesi gerekir.

²¹⁴ Şahin (n 45) 145-146.

kararının hüküm ile birlikte incelenebilmesini kabul etmiştir. Davaya bakan hakim reddi talebinin reddi halinde hem itiraz hem de diğer olağan kanun yollarının kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir.²¹⁵ Kanaatimizce uygulamada soruşturma evresindeki ve ilk derece mahkemelerindeki ret taleplerinin genellikle yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmesi ve itiraz kanun yolunun genellikle etkisiz olması karşısında istinaf ve temyiz kanun yollarının açık olması yerinde bir düzenlemedir. İtiraz üzerine verilen ret kararının “hükümle birlikte” kanun yolunda incelenebileceği belirtildiği için (md. 28), reddi istenen hakim du-ruşmaya veya hükme katılmış olması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sadece hakim reddinin istenmiş olması yeterli olmayıp, md. 28 uyarınca ret talebinin reddi kararına karşı **usulüne göre itiraz edilmiş olması** gereklidir. Aksi takdirde ret nedeninin istinaf veya temyiz kanun yolunda incelenmesi mümkün değildir. Ret kararına karşı itiraz edilmiş ancak itiraz merci görevine aykırı bir şekilde bu konuda karar vermemiş olması da ret nedeninin istinaf ve temyiz yolunda incelenmesine engel teşkil etmez.

Ret talebinin kanun yolunda hükümle birlikte incelenmesinin istenebilmesi için yargılama sonunda verilen hükme karşı istinaf veya temyiz **kanun yoluna başvurulmuş** ve başvurunun da şekil ve süre şartlarına uygun olarak yapılmış **olması** gerekir. Hükme karşı kanun yolu başvuru imkanı bulunmuyorsa ret kararının hükümle birlikte incelenmesi de söz konusu olmayacaktır.²¹⁶ Bu nedenle kanunda istinaf yolu kabul edilmediği için kesin olan (md. 272/3) veya temyiz yolu kapalı olan (md. 286/2) bir hükmün yargılamasına katılan hakim ile ilgili itirazın reddi kararına karşı md. 28 cümle 2 hükmü uygulanamayacaktır.

İtiraz mercii tarafından verilen herhangi bir ret kararının istinaf veya temyiz kanun yolunda incelenmesi için söz konusu kararın “**hükümden önce verilip hükme esas teşkil etmesi**” (md. 272/2, 287) gerekmektedir.²¹⁷ Kovuşturma evresinde yapılan hakim reddi talebi hakkında mahkeme tarafından verilen ret kararları hükümden önce verilen ara kararlardandır. Hakkındaki ret talebi kabul edilmeyen hakim hükme katılması da hükme etki etmekte, yani hükme esas

²¹⁵ Adalet Komisyonu Raporunda, “... aynı işleme karşı itiraz kanun yolundan sonra bir de istinaf veya temyiz kanun yolunun kabul edilmesiyle, itiraz merciinin kararlarının kesin olduğu kuralına bir istisna getirilmiş bulunmaktadır.” denilerek, söz konusu değişikliğin bir gereklilik olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Düzenlemenin sisteme aykırı olduğu eleştirisi için bkz Yaşar ve Otacı (n 10) 251-252.

²¹⁶ Heil (n 19) StPO § 28, Kn. 11.

²¹⁷ Ali Tanju Sarıgül, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, (Seçkin Yayıncılık, 2012), 26.

teşkil etmektedir.²¹⁸ Bu nedenle hakkındaki ret talebi reddedilen hakim, kanun yoluna başvurulmuş hükmün verilmesi sürecine katılmışsa ancak bu durumda itiraz merciinin verdiği ret kararı kanun yolunda incelenebilecektir.

Buna karşın soruşturma evresinde görev yapan sulh ceza hakiminin verdiği kararlar hükme etkili olan mahkeme kararları niteliğinde olmadığı için bu hakim hakkında yapılan ret talebinin itiraz merciince reddine ilişkin karar kesin olup, bu kararın kanun yolunda incelenmesi söz konusu değildir. Çünkü sulh ceza hakimi tarafından verilen koruma tedbirlerine ilişkin kararlar ile soruşturma veya kovuşturma yapılmamasına ilişkin kararlar mahkemenin hükmüne esas teşkil eden ara kararlardan değildir.

Açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir sorun, istinaf veya temyiz başvurusunda merci tarafından verilen **ret kararının incelenmesinin temyiz dilekçesinde açıkça talep edilmesi gerekip gerekmediğidir**. CMK md. 28’de, “İtiraz üzerine verilen ret kararı hükümle birlikte incelenir.” denildiği için istinaf veya temyiz başvurusunda itiraz merciinin kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmemiş olsa bile, istinaf veya temyiz merci tarafından re’sen incelenmesi gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak md. 28 düzenlemesini, hükme esas teşkil eden ara kararlarına karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabilmesine ilişkin md. 272/2 ve md. 287 hükümleri ile birlikte değerlendirmek gerekir. Md. 272/2’de “istinaf yoluna başvurulabilir” ve md. 287’de “temyiz olunabilir” dendiği için hükme karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına ret talebinin reddi kararına da karşı çıkmadığı, bunun da kanun yolunda incelenmesinin istendiği anlamına gelmez. Başvurucunun, merci tarafından verilen itirazın reddi kararının istinaf veya temyiz yolunda incelenmesi iradesini başvurusunda ortaya koymuş olması gerekir. Ayrıca md. 294/1 uyarınca, “Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.”

Ancak ret talebinin hukuka aykırı bir şekilde reddedildiği temyiz talebinde ileri sürülmemiş olsa da md. 289 fık. 1 uyarınca bu hususun dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu md. 289/1’de, görev yasağı bulunan hakimın hükme katılmış olmasını (md. 289/1-b) veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı hakkında ret talebi ileri sürülmüş ve bu talep kanuna aykırı olarak reddedilmiş bir hakimın hükme katılmış olmasını (md. 289/1-c) kesin hukuka aykırılık olarak kabul ederek, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmemiş olsa

²¹⁸ Bkz. Ezgi Çırak, ‘İstinaf Yargılaması Sonucu Verilen Kararların Kanun Yolu Denetimi’, (2020) 5 (1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887, 893.

bile temyiz mercii tarafından re'sen dikkate alınmasını istemiştir. Ancak Yargıtay'a göre, md. 289/1deki, "Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır." kuralı, hiçbir temyiz nedeni içermeyen bir temyiz başvurusunda mutlak temyiz nedenlerinin kendiliğinden gözetileceği şeklinde anlaşılabilir. Md. 289'da belirtilen kesin hukuka aykırılık hallerinin incelenebilmesi için en azından başka bazı temyiz nedenlerinin temyiz başvurusunda ileri sürülmüş olması gerekir. Eğer temyiz dilekçesi md. 289 dışındaki bir veya birden fazla nispi temyiz nedeni içeriyorsa, bu durumda Yargıtayın md. 289'da yer alan kesin hukuka aykırılık hallerini de inceleyerek hükmü bozması mümkündür. Örneğin, sanık müdafisinin temyiz dilekçesinde, "karar yasaya ve hukuka aykırıdır" ibaresinin yer alması temyiz başvurusunda bir temyiz nedeni bulunduğu kabulü için yeterli olup, temyiz incelemesi yapılabilecek ve temyiz dilekçesinde gösterilmemiş olsa da md. 289'daki kesin hukuka aykırılıklar nedeniyle bozma kararı verilebilecektir.²¹⁹

Yargıtayın görüşleri ışığında konuyu değerlendirildiğimizde, ret talebinin reddi kararının temyiz yolunda incelenebilmesi için reddedilen hakimin katıldığı hükme karşı temyiz yoluna başvurulmuş ve bir temyiz nedeninin ileri sürülmüş olması, örneğin kararın hukuka aykırı olduğunun ifade edilmesi, yeterli görünmektedir. Bu koşulun gerçekleşmesi halinde de temyiz dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa da **hakkında görev yasağı bulunan bir hakimin** hükme katılmış olup olmadığının temyiz incelemesinde md. 289/1-b uyarınca incelenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan görev yasaklarından birinin bulunması halinde kanun koyucu hakimin tarafsız kalamayacağını kabul etmiş olup, muhakemeye katılanlar tarafından ileri sürülmesine bile hakimin bu hususları görev gereği kendisinin dikkate alması gerekir.²²⁰ Bu nedenle bir görev yasağının temyiz mercii tarafından kesin hukuka aykırılık sayılarak bozma nedeni yapılabilmesi için duruşma sırasında muhakemeye katılanlarca ileri sürülmesi gerekli değildir.²²¹ Temyiz nedeni yukarıda belirtilen koşullar altında incelenerek hüküm bozulabilir.

²¹⁹ CGK 14.05.2020, 20-292/194, Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Madde 157- 335*, (10. Bası, Seçkin Yayınevi 2022), 2702- 2710; CGK, 21.03.2019, 13-387/246, Yaşar ve Otacı (n 219) 2714; CGK, 26.10.2022, 2020/16-462 2022/671. CGK kararlarının değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Fatih Birtek, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk', İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (4), 1364 vd.

²²⁰ Turhan (n 3) 140.

²²¹ Stefan Wiedner, *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Graf, 49. Edition Stand: 01.01.2023 <https://beck-online.beck.de/>, StPO § 338, Kn. 70.

Ancak hükme katılan **hakimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek nedenlerin** bulunması tek başına hükmün temyiz aşamasında bozulması için yeterli değildir. Çünkü md. 289/1-c uyarınca, “Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması” halinde ancak temyiz merci tarafından ret nedeni incelenebilecektir. Bu hüküm uyarınca hükme katılan bir hakimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek bir nedenin md. 25’te belirtilen süreler içinde, md. 24’te sayılan muhakeme sùjelerince duruşma aşamasında ileri sürülmüş olması gerekir. Ancak bu da yeterli olmayıp, ret talebinde bulunan ret sebeplerinin tümünü süresi içinde olguları ile ortaya koymuş olması da gerekmektedir (md 26/2). Olguları ile birlikte ortaya konan ret talebinin reddi halinde de md. 28 uyarınca karara itiraz edilmiş ve bu itirazın da reddedilmiş olması gereklidir. Bu hususlar yukarıda açıklandığı için burada üzerinde durulmayacaktır. Belirtilen koşullara uyulmamış olması halinde hakimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek bir nedenin bulunup bulunmadığının temyiz aşamasında md. 289/1-c açısından incelenmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan muhakemeye katılanlar ret talebinde bulunulmamış olsa bile, hakimin, kendi tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterecek bir durumu fark etmesi halinde çekinme talebinde bulunması gerekir. Bu husus md. 30/2’de, “Hâkim, tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir.” denilerek, dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Böyle bir durumun varlığı konusunda bir şüphenin bulunması halinde hakimin çekinmesi kendi isteğine bağlı olmayıp, takdir yetkisini kullanarak yerine getirmesi gereken resmi bir görevdir.²²² Bu yükümlülük aynı zamanda adil yargılanma hakkı kapsamında hakimin tarafsızlığı ilkesinin de bir ifadesidir.²²³ CGK’nın 26.10.2022 tarihli kararında,²²⁴ tarafsızlığı şüpheyeye düşürecek nedenlerle bağlantılı olarak, “Yargılamadaki tarafların ve sùjelerin güvenini yitiren bir hâkimin, CMK’nın 24. maddesi gereğince tarafsızlığından söz edilemeyeceğinden ve bu durumda sağlıklı yürütülebilecek bir yargılama söz konusu olmayacağından aynı Kanun’un 30. maddesi gereğince öncelikle kendisinin çekinmesi gerekir” denilerek, çekinmenin bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir. Çekinme için md. 25’teki süre sınırlaması söz konusu değildir.

²²² Siolek, (n 14) StPO § 30 Kn. 1-2; Conen/Tsambikakis (n 20) StPO § 30 Kn. 1-2.

²²³ Conen/Tsambikakis (n 20) StPO § 30 Kn. 2.

²²⁴ E. 2020/16-462, K. 2022/671.

Ancak hakimin, tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir nedenin bulunmasına rağmen çekinmemiş olması md. 289/1-b kapsamında görev yasağı oluşturmaz. Çünkü md. 289/1-b'de "Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkim" ile kastedilen md. 22 ve 23'te sınırlı şekilde sayılmış olan görev yasakları olup, bunların dar yorumlanması gerekir.²²⁵ Bu nedenle **CGK'nın 26.10.2022 tarih ve 2020/16-462 2022/671 sayılı kararında**, soruşturma evresinde tutuklu şüphelilerin itirazlarının reddine ve tutukluluk hallerinin devamına karar veren sulh ceza hakiminin, bu kararında, "uyuşmazlığın esasını çözümleyecek kapsam ve nitelikte değerlendirmelerde" bulunduktan sonra, md. 30/2 uyarınca çekinmesi gerekirken çekinmeyip hükme katılmasını md. 289/1-b kapsamında kesin hukuka aykırılık olarak kabul edip bozma nedeni yapmasının yerinde olmadığı görüşündeyiz. Çünkü tarafsızlığı şüpheye düşüren bir sebebin bulunması ve bunun hakim tarafından bilinmesi md. 289/1-b anlamında görev yasağı oluşturmadığı gibi bu husus tek başına md. 289/1-c anlamında kesin hukuka aykırılık hali de oluşturmaz.

Diğer taraftan **CGK'nın** bu kararında, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi olarak görev yapan hakimin aynı işin kovuşturma evresine hâkim olarak katılmasının görev yasağı teşkil etmemekle birlikte **soruşturma evresinde uyuşmazlığın esasını çözümleyecek** nitelikte gerekçeler içeren kararlar vermesi halinde hakimin tarafsızlığının şüpheye düşebileceğine ilişkin tespitleri yerindedir. Ancak bu tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir nedenin duruşma sırasında ileri sürülerek hakimin reddinin talep edilmiş ve bu talebin kabul edilmemesi halinde de itiraz yoluna başvurulmuş olması gerekir. Bu hususlar yerine getirilmediği sürece hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir sebebin md. 289/1-c kapsamında bozma nedeni yapılması mümkün değildir.

Ret kararının hükümlerle birlikte incelenmesi kural olarak istinaf veya temyiz kanun yolunda olacaktır. Ancak **hükme karşı itiraz kanun yolunun kabul edildiği** hallerde de ret talebinin reddi kararının itiraz kanun yolunda hükümlerle birlikte incelenmesi istenebilir. Bu nedenle seri muhakeme usulünde mahkemece kurulan hükme (md. 250/14) karşı itiraz kanun yolu kabul edildiği için itiraz dilekçesi ile birlikte ret talebinin reddi kararının da incelenmesi istenebilecektir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararında karar yanında bir de açıklanması geri bırakılan hüküm verilmiş olduğu ve itiraz üzerine merci tarafından karar ve hükümün incelenmesi gerektiği (md. 231/12) için, kararı veren hakim hakkındaki ret talebinin reddinin itiraz mercii tarafından hüküm ile birlikte incelenmesi istenebilir.

²²⁵ Turhan (n 3) 140.

Ret talebinin hüküm ile birlikte **istinaf kanun yolunda incelenmesinde** ret talebinin kanuna aykırı olarak reddedilip hakimin hükme katılmış olduğunun (md. 288/1-c) tespiti halinde, istinaf mercii md. 280/1-e hükmü uyarınca, ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Hüküm ile birlikte ret talebinin reddi kararı da istinaf edilmişse, ret talebinin istinaf merciiince yerinde bulunması halinde artık bölge adliye mahkemesinin bizzat duruşma açarak istinaf başvurusu hakkında karar vermesi söz konusu değildir.²²⁶ Ancak gönderilecek ilk derece mahkemesi belirlenirken, bozmadan sonra yapılacak yeniden yargılamaya hakkındaki ret talebi kabul edilen hakim katılmayacağı için bu yüzden mahkemenin teşekkül edip edemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle bir asliye ceza mahkemesi hakimi hakkındaki ret talebi nedeniyle bozma kararı verilmesi halinde dosyanın hakkındaki ret talebi kabul edilen asliye ceza mahkemesine değil, bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içindeki bir başka asliye ceza mahkemesine gönderilmesi gerekir.

VIII. RET TALEBİNDEN SONRAKİ SÜREÇ

Reddi istenen hakimin, hakkındaki ret talebi konusunda karar verilmeye kadar yapabileceği ve yapamayacağı muhakeme işlemleri ile talebin kabul edilmesi halinde yapmış olduğu işlemlerin geçerli olup olmayacağı md. 29'da düzenlenmiştir.

He ne kadar md. 29 düzenlemesi, md. 27 uyarınca ret talebinin esastan incelenmesi usulüne ilişkin görünse de ret talebinin md. 31 uyarınca reddedilen hakim tarafından ve toplu mahkemelerde onun katılımı ile geri çevrilmesinde de uygulama alanı bulacaktır. Ret talebi konusunda md. 31 uyarınca geri çevirme kararı verilmeye, geri çevirme kararına karşı itiraz edilmesi halinde itiraz hakkında karar verilmeye kadar, reddedilen hakim tarafından veya onun katılımı ile gecikmesinde sakınca olan muhakeme işlemleri dışında başka hiçbir muhakeme işlemi yapılamaz. Ancak uygulamada bu hususa uyulmayarak ret talebinin reddi halinde itiraz hakkının kullanılmasına imkan vermeden

²²⁶ Buna karşın Alman CMK § 328 uyarınca yetki kurallarına aykırılık dışında istinaf talebinin yerinde bulunması halinde istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi hükmünü bozarak esas hakkındaki kararı kendisi vermektedir. Bu nedenle hükmün istinaf mercii tarafından bozulması halinde artık hüküm ile birlikte yapılan ret talebinin reddine yapılan itiraz konusunda istinaf merciiince ayrıca bir karar verilmesi gereği kalmamaktadır. Bu konuda bkz. Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 28 Kn. 26.

yargılamaya devam edilip hüküm kurulduğu görülmektedir.²²⁷ Yargıtay da yerinde olarak ret talebinin 27. maddeye göre esastan incelenmesinin gerektiği bir durumda bu talebin mahkemece hukuka aykırı olarak md. 31'deki nedenlerin bulunduğundan bahisle geri çevrilmesi ve reddedilen hakimin katılımı ile duruşmaya devam edilip hüküm kurulmasını md. 29/1'e aykırı bulup, hükmün bozulmasına karar vermiştir.²²⁸

A. Sadece Gecikmesinde Sakınca Olan İşlemlerin Yapılabilmesi

1. Reddedilen Hakimin Talep Hakkında Karar Verilinceye Kadar Sadece Gecikmesinde Sakınca Olan İşlemleri Yapabilmesi

Açıkça bir görev yasağının (md. 22, 23) bulunması halinde hakim, kanun gereği bakmakta olduğu dava ile ilgili muhakeme işlemi yapmaz. Görev yasağının açıkça belli olmadığı veya hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir nedenden dolayı reddedilmesi halinde ise ret talebinin yapılması reddedilen hakimi her türlü muhakeme işlemi yapmaktan yasaklı hale getirmez. Aksi takdirde ret hakkına sahip olan kişi sadece bir ret dilekçesi vererek aciliyeti olan da dahil her türlü muhakeme işleminin yapılmasını engelleme imkanına sahip olurdu. Kanun koyucu reddedilen hakimin, ret talebinin alındığı andan itibaren - bu talep kabul edilmez olsa bile - kural olarak aciliyeti olmayan, diğer bir ifade ile geciktirilemez olmayan her türlü muhakeme işlemi yapmaktan kaçınmasını istemiştir.²²⁹ Bu husus md. 29/1'de, "Reddi istenen hâkim, ret hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar" denilerek, ifade edilmiştir. Buna göre, ret talebinin alınmasından itibaren reddi istenen hakim ret talebi kabul edilinceye kadar sadece gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilecek ve ret talebi kabul edilse bile bu işlemler artık geçerli olacaktır (md. 29/3). CMK md. 29'da "gecikmesinde sakınca olan işlemler" ifadesi, kaynak Alman CMK'da "geciktirilemeyen", diğer bir ifade ile "ertelenmesi caiz olmayan" işlemler ifadesi kullanılmaktadır.

Gecikmesinde sakınca olmayan işlemleri yapma yasağı hem görev yasaklarına hem de tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlere dayanan ret talepleri için geçerlidir. Ancak md. 29/1, görev yasağı açısından sınırlı bir etkiye sahiptir.

²²⁷ Öztürk (n 98) 185; Yargıtay 4. CD., 13.09.1990 - 3348/4044, Yaşar (n 134) 219.

²²⁸ CGK, 09.11.2021, E. 2020/144, K. 2021/537.

²²⁹ Siolak (n 14) StPO § 29, Kn. 1; StPO § 29 Kn. 1; Jan Bockemühl, in: *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*, Herausgeber, Bernd von Heintschel-Heinegg/Jan Bockemühl, Loseblattwerk, 98. Lieferung - 01.07.2020, StPO § 29 Kn. 1.

Çünkü md. 29/1 hükmü bir hakimin görev yasağı (md. 22, 23) bulunduğu gerekçesi ile reddi ve merci tarafından bu görev yasağının bulunmadığının tespiti halinde bir anlam ifade edecektir. Çünkü görev yasağı bulunduğu iddiasıyla reddedilen hakimin, hakkındaki ret nedenini öğrenince gecikmesinde sakınca olan işlemleri de yapmaması gerekir. Çünkü ret talebi üzerine görev yasağının bulunduğu mahkemece tespiti halinde gecikmesinde sakınca olan işlemler de dahil yapılmış olan bütün işlemler geçersiz olacaktır ve görev yasağının reddedilen hakim tarafından bilinmesi de gerekli değildir.²³⁰ Ancak uygulamada Yargıtay kararlarına yansıyan bazı davalarda gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığına bakılmaksızın hukuka aykırı bir şekilde reddedilen hakim tarafından veya onun katılımı ile mahkemece muhakeme işlemleri yapılmaya devam edildiği görülmektedir.²³¹

Reddedilen hakimin gecikmesinde sakınca olan haller dışında muhakeme işlemi yapma yasağı ret talebi hakkında karar verilinceye kadar devam eder (md. 29/1). Md. 29/1 anlamında ret talebi hakkında karar verme süresinin, ret talebinin kabulüne (md. 28) kadar, ret talebinin kabul edilmemesine karar verilmesi halinde ise itiraz mercii kararını verinceye (md. 28) kadar veya itiraz süresinin dolması (md. 268/1) ile kesinleşmesine kadar devam edeceğini kabul etmek gerekir.²³²

2. Gecikmesinde Sakınca Olan İşlemler

Reddedilen hakimin gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle yapabileceği işlemler, aciliyeti nedeniyle bir başka hakimin (yedek hakimin) göreve başlamasına kadar beklenemeyecek/bekletilemeyecek işlemlerdir.²³³ İşlemin geciktirilemez olup olmadığının hakim tarafından değerlendirilmesinde katı ölçüt kabul edilmelidir; bir işlemin amaca uygun olması onu tek başına geciktirilemez hale getirmez. Ancak bir işleminin ne zaman geciktirilemez olduğu konusunda hakimin takdir yetkisi olduğunu da kabul etmek gerekir.²³⁴ Bir muhakeme

²³⁰ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 3,7,8, 18; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 4.

²³¹ Bkz. Yargıtay 10. CD, 13.10.2016, 114/2984 [Yaşar ve Otacı (n 10) 254]; CGK, 8.11.2022, E. 2019/9-489, K. 2022/704 (kazanci.com); CGK, 01.10.2019, E. 2017/5-1109, K. 2019/569 (kazanci.com)

²³² Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 10; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 3.; Bockemühl (n 229) StPO § 29, Kn. 4; Conen, Tsambikakis, (n 20) StPO § 29 Kn. 3.

²³³ BGH, Urteil vom 14. 2. 2002 - 4 StR 272/01, NStZ 2002, 429.

²³⁴ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 11; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 6; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 29 Kn. 4.

işleminin yapılmasının aciliyeti açıkça belli değilse, işlemin neden geciktirilemez olduğu hakim tarafından tutanakta gösterilmelidir.²³⁵

Gecikmesinde sakınca olan işlemlerin yapılması, özellikle delillerin kaybolması tehlikesi olan²³⁶ veya muhakeme işlemi için süre öngörülen hallerde söz konusu olacaktır. Ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir tanığın dinlenmesi, davanın zamanaşımına uğrama tehlikesini ortadan kaldırmak için duruşma gününün belirlenmesi, reddedilen hakimin de katılımının gerekli olduğu ertelenemeyecek tutuklama ile ilgili kararlar gecikmesinde sakınca olan işlemlere örnek olarak gösterilebilir.²³⁷ Tutuklamaya karar verecek olan sulh ceza hakiminin reddedilmesi ve şüphelinin, ret konusunda karar verilinceye kadar geçecek süreyi kaçmak için kullanması bekleniyorsa, tutuklama kararının verilmesi geciktirilemez olarak kabul edilmelidir.²³⁸

3. Yapılan İşlemlerin Sonuçları

Ret talebini inceleyen mahkeme, bir görev yasağının (md. 22, 23) bulunduğunu tespit ederse, ister gecikmesinde sakınca olsun isterse olmasın hakim tarafından yapılmış olan bu işlem hukuka aykırıdır.²³⁹

Tarafılık şüphesi nedeniyle reddedilen hakimin yapmış olduğu gecikmesinde sakınca olan işlem, yapılan ret talebi haklı bulunsa/kabul edilse bile geçerlidir. Ayrıca, herhangi bir görev yasağının bulunmadığının tespit edilmesi halinde de bu işlem geçerlidir. Buna karşın görev yasağının bulunduğu tespit edilmesi halinde işlem geçersiz olacaktır.²⁴⁰

²³⁵ Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 2; CGK, 08.11.2022, E. 2019/9-489, K. 2022/704: "Hâkim reddedildikten sonra henüz bu konuda bir karar verilmeden gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle bir yargılama işlemi yapılmış ise tutanağa bu işlemin gecikmesinde sakınca olduğu kanaatine varılarak yapıldığı açıkça belirtilmelidir." Aynı yönde CGK, 10.10.2019, E. 2019/352, K. 2019/595; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 262.

²³⁶ CGK, 10.10.2019, E. 2019/352, K. 2019/595: "Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun delillerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması durumudur."

²³⁷ Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 7; Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 12, 16; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 2; Cirener (n 16) StPO § 29, Kn. 3.1; Schmitt (n 14) StPO § 29, Kn. 6.

²³⁸ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 16.

²³⁹ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 20; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 4; Bockemühl (n 229) StPO § 29, Kn. 8.

²⁴⁰ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 21; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 4; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 29 Kn. 21; Bockemühl, (n 229) StPO § 29, Kn. 9; Schmitt (n 14) StPO § 29, Kn. 16.

Reddedilen hakimin yapmış olduğu gecikmesinde sakınca olmayan muhakeme işlemleri, hakim tarafından yanlışlıkla geciktirilmez olarak kabul edilmiş olsa bile, md. 29/1'e aykırı olarak yapıldığı için hukuka aykırıdır. Ancak doktrin ve uygulamada ret talebinin daha sonra başarısızlıkla sonuçlanması durumunda artık bu hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilmektedir.²⁴¹

B. Ret Talebinin Duruşma Başladıktan Sonra Oturum Sırasında Yapılması

Ret talebi ile ilgili karar verinceye kadar sadece gecikmesinde sakınca olan işlemlerin yapılabilmesi (md. 29/1) duruşma başlamadan önceki ve duruşmaya ara verildiği zamanki muhakeme işlemleri için söz konusu olup, duruşma başladıktan sonra oturum sırasındaki ret talepleri hakkında geçerli değildir. Çünkü kanun koyucu duruşma için yapılan oturum sırasında ret talebi yapılması halinde nasıl hareket edilmesi gerektiğini md. 29/2'de ayrıca düzenlenmiştir.

1. Oturuma Ara Verilmemesi

Md. 29/2'ye göre, duruşma için oturum başladıktan sonra hakimin reddedilmesi halinde, ret talebi hakkında bir karar verilebilmesi için oturuma ara vermek gerekse bile ara verilmeden devam edilecektir. Bu düzenlemeye göre oturum başladıktan sonra ret talebinde bulunulması halinde oturuma devam edilerek gecikmesinde sakınca olsun veya olmasın bütün muhakeme işlemleri yapılabilecek, ancak md. 216 uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenmesine geçilemeyecek ve reddedilen hakim tarafından veya onun katılımıyla bir sonraki oturuma başlanamayacaktır. Kanunun bu düzenlemesine göre, oturum sırasında ret talebinde bulunulması halinde oturuma devam edilmesi zorunlu olup, bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşın kaynak Alman CMK § 29'da 2019 yılında yapılan değişiklikten önce duruşma başladıktan sonra yapılan ret talebi üzerine duruşmaya devam etmek veya ara vermek konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktaydı (§ 29/2 cümle 1). Ret hakkının kötüye kullanılmasını ve bu nedenle de muhakemenin uzamasını önlemek amacıyla getirilmiş olan²⁴² CMK md. 29/2 düzenlemesinin bu amacı da dikkate alınarak oturuma devam edip etmeme konusunda mahkeme başkanına yetki verilmesine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır.

²⁴¹ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 19; Conen, Tsambikakis (n 20) StPO § 29 Kn. 20; Kn. 4; Bu konudaki yüksek mahkeme kararları için bkz. Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 4.

²⁴² Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 23.

Md. 29/2 düzenlemesine göre, reddedilen hakim de katılımı ile oturuma devam edilebilmesi için öncelikle “**hakimin oturum sırasında reddedilmesi**” gerekmektedir. Hakim oturum sırasında reddedilmiş olması gerektiği için oturum başlamadan önce, örneğin duruşma hazırlığı aşamasında veya oturum aralarında yapılan ret taleplerinin md. 29/2 kapsamında değil, md. 29/1 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Md. 29/2 hükmünün kapsamının belirlenmesi için öncelikle **oturumun ne zaman başlamış** ve sona ermiş sayılacağı belirlenmesi gerekmektedir. CMK'nın birçok maddesinde oturumdan bahsedilmekle birlikte oturumdan neyin kastedildiği ne zaman başladığı ve ne zaman oturuma ara verilmiş sayılacağına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce, CMUK'ta “celse” olarak adlandırılan “oturum” ile kastedilen, duruşmanın kesitlerini oluşturan duruşma günleridir. Nitekim CMUK md. 28/2'de, “Ancak, hakim oturum sırasında reddedilmesi halinde bu ret konusunda bir karar verilebilmesi için duruşmanın tehiri veya taliki gerekse bile o celse duruşmaya devam olunur.” denilerek, celsenin, duruşma yapılan oturumlar olduğu ifade edilmişti. Md. 220/1'de duruşma tutanağının başlığında oturum tarihlerinin ve md. 221/1'de oturumlara katılanların ad ve soyadlarının yer alması öngörülmüş olması da oturum ile duruşma yapılan gündeki muhakeme sürecinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan md. 191/1 cümle 1'de, “Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır.” hükmü uyarınca mahkeme başkanı veya hakim söz konusu tespiti ile oturumun başladığını kabul etmek gerekir.²⁴³ Yine md. 175/2'de, “Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır” ifadesi ile duruşmanın başlayacağı gün ifade edilmektedir. Belirtilen günde yapılan ise oturumdur.

Oturumun sonra ermesini ise aynı gün veya başka bir gün duruşmaya devam etmek üzere o dava ile ilgili oturumun bitirilmesi olarak anlamak gerekir. Md. 29/2'ye göre ret talebi konusunda bir karar vermek için oturuma aynı gün veya başka bir gün devam edilmek üzere ara verilmeyip oturuma devam edilecektir. Reddedilen hakim de katılımı ile duruşmaya devam edilmesine duruşmayı yönetme yetkisi (md. 29/2) kapsamında mahkeme başkanı karar verecektir.²⁴⁴

²⁴³ Md. 191/1 cümle 3'te yer alan “Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar.” hükmü, oturumun değil, duruşmanın başlamasını düzenlemektedir.

²⁴⁴ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 29-30.

Oturuma ara vermeyip devam edilebilmesi için ikinci koşul, **oturuma ara vermenin gerekli olmasıdır**. Oturum sırasında yapılan ret talebi üzerine ret konusunda bir karar verilebilmesi için kural olarak oturuma ara verilmesi gerekir. Çünkü, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere ret konusunda karar verilebilmesi için reddi istenen hakimin yazılı görüşünü bildirmesi, bu görüşe karşı muhakemeye katılanların görüşlerinin alınması, reddi talep edilen hakimin katılımı olmaksızın reddin esası hakkında karar verecek mahkemenin oluşturulması ve ret talebi ve ortaya konan delillerin muhakemeye katılma hakkına sahip olanlar olmadan müzakere edilmesi gerektiği için oturum sırasında yapılan ret talebi nedeniyle oturuma ara verilmesi veya oturumun ertelenmesi gerekecektir. Oturuma ara verilmesini gerektirmeyen tek durum ret talebinin md. 31'deki koşulların varlığına dayanılarak geri çevrilmesinde söz konusu olabilir. Tek hakimli olan asliye ceza mahkemesi hakiminin reddi halinde duruşmaya ara vermeden ret talebi mahkemece md. 31'e göre geri çevrilebilir. Buna karşın heyet halindeki mahkemelerde ret talebinin md. 31 uyarınca geri çevrilmesi için oturuma ara vermek gerekir; ancak o günkü oturum bittikten sonra bir sonraki oturuma kadar geri çevirme kararı verilebilir. Md. 27 uyarınca ret talebinin esası hakkında karar verilmesinde ise mutlaka oturuma ara verilmesi gerekecektir.²⁴⁵ Oturuma ara verilmesinin şartları oluşmuş olsa bile oturuma ara verilmeyip reddedilen hakimin katılımı ile duruşmaya devam edilecektir.

2. Duruşmaya Devam Edilebilmesinin Sınırları

Ret talebinin oturum sırasında yapılması halinde reddedilen hakim tarafından veya onun katılımı ile duruşmaya devam edilerek muhakeme işlemleri yapılmasına md 29/2'de iki açıdan sınırlama getirilmiştir. Bunlardan birincisi, bir sonraki oturuma başlanamaması, ikincisi ise md. 216 uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenilmesi aşamasına geçilememesidir.

Oturum sırasında yapılan ret talebi nedeniyle duruşmaya devam edilmesine getirilen en önemli sınırlama, oturumun sona ermesinden sonra **bir sonraki oturuma başlanamamasıdır** (md. 29/2 cümle 2). Bu nedenle oturum sırasında yapılan ret talebi üzerine bir sonraki oturum gününe başlanmadan önce ret konusunda bir karar verilmiş olması gerekmektedir. Madde metninde geçen "bir sonraki oturum" ifadesi ile neyin kastedildiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Kaynak Alman CMK § 29'dan 1981 yılında 2369 sayılı Kanun ile CMUK md. 28'e eklenen 2. fıkrada bu husus, "ret konusunda bir karar verilmeden reddedilen

²⁴⁵ Alman hukuku için bkz. Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 25-27.

hakim tarafından veya onun huzuruyla bir sonraki celseye başlanamaz.” denilerek ifade edilmişti. Kaynak Alman CMK’da ise, “ret talebi hakkında en geç sonrakini izleyen duruşma gününün başlangıcına kadar” ret konusunda karar verilme-lidir denilerek, ret talebinin yapıldığı duruşma gününden sonra bir duruşma günü daha duruşmaya devam edilebilmesi kabul edilmişti. Diğer bir ifade ile, hakimin reddi ile buna ilişkin karar arasında hakimin reddedildiği duruşma günü dışında sadece bir duruşma günü daha olabilecektir.²⁴⁶

“Bir sonraki” ifadesi Türkçe’de takip eden/izleyen anlamına gelmektedir. Kaynak kanundan ayrılan kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli bir tercih mi, yoksa bu ifade ile kaynak kanundaki gibi reddi izleyen duruşma gününden sonrakı duruşma gününün mü kastedildiğini belirlemek mümkün görünmemektedir. Uygulamada genellikle oturumlar arasında uzun süreler olduğundan²⁴⁷ bir sonraki duruşma gününe kadar ret talebi hakkında karar vermek için yeterli zaman bulunmaktadır. Bu nedenle kanundaki düzenlemeyi kaynak kanundaki gibi değil, sonraki oturum olarak anlamak uygun olacaktır.

Ret konusunda bir karar verilebilmesi için oturumlara ne kadar süre ara verileceği ve bir sonraki oturumun ne zaman başlayacağı konusunda duruşmayı idare yetkisi (md. 192/1) kapsamında mahkeme başkanının takdir yetkisi olmakla birlikte, ara vermenin hem ret konusunda karar vermeye imkan verecek hem de duruşmanın gereksiz yere gecikmesine neden olmayacak (md. 190) şekilde belirlenmesi gerekir.

Oturum sırasında ret talebi yapılması halinde duruşmaya devam edilerek muhakeme işlemleri yapılmasına getirilen bir diğer sınırlama md. 216 uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenilmesi aşamasına geçilememesidir. Her ne kadar md. 216’da, yanıltıcı bir şekilde, “Ortaya konulan delillerle ilgili tartışma”dan söz ediliyorsa da bu maddede düzenlenmek istenen, önceki maddelere göre delillerin tek tek ortaya konup tartışılması tamamlandıktan sonra ortaya konan delillerin tümü üzerinde muhakemeye katılanların görüşlerini açıklamaları ve son sözlerini söylemeleridir.²⁴⁸ Bu nedenle oturum sırasında hakimin reddi halinde

²⁴⁶ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 32.

²⁴⁷ Uygulamadan örnekler için bkz. <<https://www.hukukihaber.net/bir-durusma-tutanagi-serhi>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023.

²⁴⁸ İkame edilen her bir delil ile ilgili olarak tartışmanın nasıl olması gerektiği md. 215’te düzenlenmiştir: Bkz. Şahin ve Göktürk (n 1) 540. Md. 216 uyarınca son sözlerin söylenebilmesi için delillerin ikamesinin tamamlanmış olması gerekir. Nitekim CMK md. 216/1’in kaynağı olan

delillerin ikamesi ve tartışılması yapılabilecek, ancak md. 216'daki tartışma ve son sözlerin söylenmesi aşamasına geçilemeyecektir.

Kaynak Alman CMK § 29'da 2019 yılında yapılan değişikliğe kadar duruşma başladıktan sonra yapılan hakimin reddinde, ret hakkındaki kararın duruşmaya ara verilmeksizin alınması mümkün oluncaya kadar duruşmaya devam edilebiliyordu. Ancak ret talebi hakkındaki kararın en geç sonrakinden (arada bir duruşma gününün bulunması) bir sonraki duruşma günü başlamadan önce ve her hâlükârda duruşmada son beyanların alınmasına başlanmadan önce verilmesi gerekiyordu.²⁴⁹ 2017 yılında § 29 fık.1'e eklenen ikinci cümle ile duruşmanın başlamasına kısa süre kala yapılan ret talebinin duruşmanın başlatılmasını engellemeyeceği kabul edilmişti.²⁵⁰ Söz konusu düzenleme ile duruşma başlamadan önce yapılan ret talebinin duruşmanın başlamasını geciktirecek olması halinde mahkeme, duruşmayı başlatıp, savcının iddianameyi okumasına kadar duruşmayı devam ettirebiliyordu.²⁵¹ Ancak bu değişikliği yeterli görmeyen Alman kanun koyucu 2019 yılında madde metninde esaslı bir değişikliğe giderek, ister duruşma başlamadan önce yapılsın, isterse duruşma başladıktan sonra yapılsın, ret talebini duruşmanın başlamasına ve yürütülmesine engel olmaktan çıkartmıştır.²⁵² Yeni düzenlemeye göre, ret talebi duruşmanın başlamasına ve devamına engel teşkil etmez; duruşma reddedilen hakimin katılımı ile yürütülür (Alman CMK § 29/2).²⁵³ Ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre, ret talebinde bulunulmasından itibaren iki haftalık süre dolmadan ve her hâlükârda hüküm açıklanmadan önce ret talebi konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu iki haftalık sürenin başlama anına ilişkin olarak da § 29/3'te birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Yeni düzenlemenin sanığı önemli dezavantajlara maruz bırakmadan ret

Alman CMK § 258/1'de, "Delillerin ortaya konması bittikten sonra savcıya ve daha sonra sanığa açıklamada bulunmaları ve taleplerini ileri sürmeleri için söz verilir." denilerek, bu husus ifade edilmiştir. Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. Yenisey ve Oktar (n 156) 339.

²⁴⁹ 2019 değişikliğinden önceki Alman CMK § 29 fık. 2 düzenlemesi.

²⁵⁰ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 58, ausgegeben am 23.08.2017, Seite 3202.

²⁵¹ Düzenleme hakkında bilgi için bkz. Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 9a. Söz konusu düzenlemenin amacı duruşmanın başlamasına çok kısa bir süre kala yapılan ret taleplerine karşı koymak ve en azından iddianamenin okunması da dahil olmak üzere duruşmanın başlamasına imkan sağlamaktır; Bockemühl (n 229) StPO § 29, Kn. 2.

²⁵² Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 46, ausgegeben zu Bonn am 12. Dezember 2019, S. 2121 vd.

²⁵³ Ancak reddedilen hakimin katılımı ile duruşma dışındaki kararlar sadece gecikmesinde sakınca bulunuyorsa verilebilir (Alman CMK § 29/2 cümle 2).

talebinin kötüye kullanılmasını önlemeye uygun olduğu yönünde olumlu görüşler²⁵⁴ yanında, ret taleplerini inceleyecek hakimler üzerinde psikolojik baskı oluşturup, onların ret taleplerini kabul konusundaki çekimserliklerini daha da pekiştireceğini, Federal Anayasa md. 100/1'in gereği olan etkili ret hakkını daha da zayıflatacağını²⁵⁵ ve sanığın ret hakkını daha da kısıtladığını²⁵⁶ ileri süren görüşler de bulunmaktadır.

Alman CMK § 29'daki söz konusu yeni değişiklikler ile duruşmanın yürütülmesi geciktirilemez işlemler arasında kabul edilmiştir. Ret talebi duruşma başlamadan önce yapılmış olsa bile duruşmaya başlanabilecek, duruşma sırasında yapılması halinde gecikmesinde sakınca olsun veya olmasın muhakeme işlemleri yapılabilecek, iki haftalık süreyi geçmemek üzere veya duruma göre hüküm verilinceye kadar duruşmaya devam edilebilecektir. Ancak ret talebinin kabul edilmesi ve yedek hakimin de görev yapmamış olması halinde yapılmış olan duruşmanın ret başvurusundan sonraki kısmı tekrarlanacaktır. Tekrarı mümkün olmayan veya makul olmayan bir çabayla ancak yapılması mümkün olan duruşma kısımları ise tekrarlanmayacaktır.²⁵⁷

Kanaatimizce, Almanya'da uygulama dikkate alınarak yapılan değişikliklerin Türk hukuku için dikkate alınmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü Alman uygulamasında hakimin reddi yoluna Türk uygulamasına göre daha sık başvurulduğu ve bu taleplerin bazen duruşmaların başlamasını veya kesintisiz bir şekilde yürütülmesini engelleyecek seviyeye ulaştığı görülmektedir.²⁵⁸ Türk uygulamasında ise bir

²⁵⁴ Bkz. Susanne Claus, 'Zur Modernisierung des Strafverfahren', (2020) NSTZ 57, 59.

²⁵⁵ Federal Alman Barolar Birliği görüşü, bkz. Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 30, November 2019, zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens - BR-Drs. 532/19, s. 10: <https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/november/stellungnahme-der-brak-2019-30.pdf> Erişim Tarihi 06 Ağustos 2023. Aynı yönde eleştiriler için ayrıca bkz. Roxin ve Schünemann (n 14) § 8. Kn. 13.

²⁵⁶ Stefanie Schork, 'Das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens/Änderung der Kräfteverhältnisse zum Nachteil der Verteidigung', (2020)(1) NJW 1, 2. Yazar (s. 2), söz konusu değişikliğin uygulamada, hakimin tarafsızlığı konusunda ciddi endişeleri olan sanığın derhal ret talebinde bulunması gerekirken, başvurusunun karara bağlanması için iki hafta veya daha uzun süre, hatta arada sadece bir duruşma günü varsa hükmün açıklanması anına kadar beklemesi anlamına geldiğini belirterek, haklı olarak eleştirmektedir.

²⁵⁷ Söz konusu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schork (n 256) 2; Claus (n 254) 59.

²⁵⁸ Duruşmalarına gözlemci olarak katıldığımız Nasyonal Sosyalist (NSU) Terör Örgütü Davasının Münih Eyalet Yüksek Mahkemesinde görülmesi sırasında yapılan ret talepleri bu konuda örnek gösterilebilir. 2013 yılında başlayıp 2018 yılına kadar 5 yıl 2 ay süren 5 sanığın yargılandığı bu davada, sanıkların avukatları tarafından davaya bakan mahkeme başkanı ve üyeleri hakkında

oturumda biten duruşma neredeyse hiç bulunmamaktadır; duruşma günleri arasına gereğinden fazla zaman konması, bir sonraki duruşma gününün bazen haftalar veya aylar sonra yapılması yaygın bir uygulamadır.²⁵⁹ Bu nedenle oturum başladıktan sonra ret talebinde bulunulması halinde oturum bittikten sonra bir sonraki duruşma gününe kadar ret konusunda bir karar verebilmek için yeterince zaman aralığı bulunmaktadır. Yine aynı şekilde duruşma başlamadan önce yapılan ret taleplerinde de duruşmanın başlatılmayıp, duruşma için daha sonraki bir tarihin belirlenmesi Türk uygulaması açısından muhakemenin gecikmesine neden olacak nitelikte görünmemektedir. Ancak duruşma gününün belirlendiği, tanıkların, sanıkların ve muhakemeye katılacak diğer kişilerin çağrıldığı ve duruşmanın başlamasına çok kısa bir süre kaldığı bir zamanda yapılan ret talepleri ile muhakemenin gecikmesini önlemek için duruşmanın başlamasının ertelenmeyip oturumun başlatılmasına imkan veren bir düzenleme yerinde olacaktır. Md. 29/2 hükmü oturum başladıktan sonraki ret taleplerine ilişkin olduğu için söz konusu hallerde oturumun başlatılmasına imkan vermemektedir.

3. Ret Talebinin Kabul Edilmesinin Sonuçları

Ret talebinin reddi halinde reddedilen hakim katılımları ile duruşmaya devam edilecek ve gecikmesinde sakınca olsun veya olmasın yapılmış olan muhakeme işlemleri geçerliliğini koruyacaktır.²⁶⁰ Yukarıda açıklandığı üzere ret talebinin reddine karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir.

Ret talebinin kabulüne karar verilmesi halinde ise md. 29/3 uyarınca duruşma tekrarlanacaktır. Madde metninde, “gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır.” denilerek, duruşmanın sadece ret talebinin yapılmasından sonraki kısmının tekrarlanacağına ilişkin bir açıklığa yer verilmediği için duruşmanın baştan itibaren yeniden yapılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Nitekim Alman hukukunda ret talebinin kabul edilmesi halinde duruşmaya yedek hakim katılmamışsa duruşmanın iptal edilip baştan itibaren yeniden yapılması

43 defa ret talebinde bulunulmuştur. Bu ret taleplerinin tamamı reddedilmekle birlikte, talepler nedeniyle yapılması planlanmış olan 40 duruşma gününün tamamen iptal edildiği belirtilmektedir. Bilgi için bkz. <<https://www.nsu-watch.info/2018/07/der-nsu-prozess-in-zahlen/#footnote-link12>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2023

²⁵⁹ Uygulamada duruşmalara zorunluluk olmadığı halde uzun aralar verildiği konusunda için bkz. Fahrettin Kayhan, “Bir Duruşma Tutanağı Şerhi”, *Hukuki Haber*, <<https://www.hukukihaber.net/bir-durusma-tutanagi-serhi>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2023

²⁶⁰ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 34; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 16; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 10; Bockemühl (n 229) StPO § 29, Kn. 15.

gerekmektedir. Kaynak Alman CMK § 29/2 cümle 2'ye göre,²⁶¹ ret talebi kabul edilir ve duruşmanın bu nedenle sona erdirilmesi gerekmezse ancak ret talebinin yapılmasından sonraki duruşma kısmının yenileneceği ve bu durumda geciktirilemez olan muhakeme işlemlerinin geçerliliğini koruyacağı kabul edilmektedir. Duruşmanın yenilenmesini gerektirmeyen hal ise duruşmada yedek hakimin bulundurulmuş olmasıdır. Hakkındaki ret talebi kabul edilmesi ile birlikte reddedilen hakim yasaklı hale gelmekte (Alman CMK § 338 Nr. 3) ve hükme katılmakla görevli olan hakimin duruşmanın başından sonuna kadar kesintisiz olarak hazır bulunması gerektiği için (Alman CMK § 226) ret talebinin kabulü halinde reddedilen hakim yerine yeni bir hakim görevlendirilerek duruşmaya kaldığı yerden devam edilememektedir. Bu durumda duruşmanın baştan itibaren yeniden yapılması gerekmekte ve geciktirilemeyen muhakeme işlemleri dışındaki muhakeme işlemleri geçerliliğini yitirmektedir. Kural bu olmakla birlikte, Alman Mahkemeler Teşkilat Kanunu md. 192/2 uyarınca davanın görülmesinde yedek hakim görevlendirilmiş ve duruşmanın başından itibaren bu hakim duruşmaya katılmışsa, ret talebinin kabulü halinde md. 29/2 uyarınca duruşmaya yedek hakimin katılımı ile devam edilebilmekte ve duruşmanın sadece ret talebinin yapılmasından sonraki kısmı tekrarlanmaktadır. Ancak bu durumda da yapıldığı zaman geciktirilmez olan işlemlerin yenilenmesi²⁶² gerekli değildir.²⁶³

Aynı hususların Türk hukuku için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. CMK md. 188/3 uyarınca herhangi bir nedenle görev yapamayacak hakimin yerine geçmek ve oy kullanmak üzere duruşmada yedek hakim bulundurulmuşsa, tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir nedenden dolayı ret talebinin kabulü üzerine yasaklı hale gelen hakimin (md. 289/1-c) yerine bu yedek hakim geçerek duruşmaya devam edilebilir. Bu durumda sadece duruşmanın ret talebi yapılmasından sonraki kısmının yeni görevlendirilen yedek hakim tarafından veya onun katılımı ile tekrarlanması yeterli olacak ve geciktirilemeyecek muhakeme işlemleri - ret talebi yapılmadan önce veya sonra yapılmış olanlar - ise yeniden yapılmayacaktır. Aksi takdirde duruşmanın baştan itibaren yeniden yapılması ve geciktirilemez olan muhakeme işlemleri dışındaki işlemlerin yenilenmesi gerekir.

²⁶¹ Madde metninde 2019 yılında yapılan değişiklikten önceki metne göre.

²⁶² Ancak Alman CMK § 29'da 2019 yılında yapılan değişiklikle, "geciktirilemez muhakeme işlemleri" yerine, "yeniden yapılması mümkün olmayan veya beklenemeyecek derece külfetli olan muhakeme kısımları" ifadesi getirilmiştir. Alman CMK § 29 fık. 4 cümle 2'deki yeni düzenlemeye göre, tekrarı mümkün olmayan veya tekrarı, beklenemeyecek derecede külfeti gerektiren duruşma kısımları artık yeniden yapılmayacaktır.

²⁶³ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 35-36; Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 17; Heil (n 19) StPO § 29, Kn. 11; Bockemühl (n 229) StPO § 29, Kn. 16; Schmitt (n 14) StPO § 29, Kn. 16.

Görev yasağı bulunan hakim (md. 22-23) gecikmesinde sakınca olan işlemler dahil hiçbir muhakeme işlemi yapamayacağı için, böyle bir hakimin reddinde duruşmaya devam edilmişse, ret talebinin kabulü halinde ret talebinden sonra yapılmış gecikmesinde sakınca olan işlemlerin de tekrarlanması gerekir.²⁶⁴

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Çalışmada ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

- 1) Md. 24/2’de sadece katılan veya vekilinden bahsedildiği için katılan sıfatını almadığı sürece suçtan zarar görenin ret talebinde bulunamayacağı anlaşılmaktadır. Kaynak Alman CMK § 24/3’te de reddi talep etmek hakkına sahip olanlar arasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz eden suçtan zarar gören sayılmamakla birlikte, doktrin ve uygulamada onun da hakimi reddetme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Soruşturma evresinde ret talebinde bulunma hakkı açısından şüpheliye ret hakkı verilip suçtan zarar görene verilmemesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle md. 24/2 değiştirilerek suçtan zarar görene de soruşturma evresinde ret hakkı tanınmalıdır.
- 2) Görev yasaklarına dayanan ret sebeplerinde (md. 22, 23) muhakeme bitinceye kadar her aşamada hakimin reddi istenebilirken, tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı ret talebinde bulunulmasına md. 25’te süre sınırlaması getirilmiştir. Md. 25’teki süre sınırlaması kovuşturma evresinde karar veya hükme katılacak hakimlerin reddinde geçerli olup, bunun dışındaki hallerde hakim karar verinceye kadar reddi istenebilir. Hakim gerçekten taraflı olsa bile md. 25’te öngörülen sürelerin geçmesinden sonra tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir nedenle reddi istenemez.
- 3) Ret hakkına sahip olanların davaya bakacak olan hakim hakkındaki ret sebebini duruşma başlamadan önce bilmeleri halinde davanın uzamasını önlemek ve duruşma başladıktan sonra ara verilmeden devam edilmesini sağlamak açısından ret talebinde bulunma süresinin öne alınması faydalı olacaktır. Bu açıdan ret nedenin bilinmesi halinde en geç iddianame veya iddianame yerine geçen belgenin anlatılmasına başlanıncaya kadar ret talebinde bulunulmasına ilişkin bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

²⁶⁴ Siolek (n 14) StPO § 29, Kn. 39; farklı görüş için bkz. Wesslau, Deiters (n 14) StPO § 29, Kn. 17; yazara göre duruşmanın sonucunu etkileyecek muhakeme işlemlerinin yeniden yapılması gerekir.

- 4) Birden fazla sanığın yargılandığı davalarda her sanığın kendi sorgusu başlayınca kadar ret talebinde bulunma hakkı bulunmaktadır. Ancak bu durum sanık sayısının fazla olduğu davalarda sonraki sanıkların sorgusunun başlamasına kadar uzun bir sürenin geçmesine ve ret nedeniyle davanın sürünce kalarak uzamasına neden olabilir. Bu nedenle ret talebinde bulunma süresi bakımından ilk sanığın sorgusunun başlama anını esas alan bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.
- 5) Sanığın sorgusundan önce bulunup da sonradan öğrenilen veya sanığın sorgusundan sonra ortaya çıkan sebeplerle hakimin reddi talebi duruşma veya inceleme bitinceye kadar ancak herhalde öğrenmeden itibaren yedi gün içinde yapılabilecektir.
- 6) Yanlış anlamayı önlemek için md. 25/1 cümle 2'deki, "diğer hallerde" ibaresi yerine, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'daki kanun yolunda ret talebinde bulunma süresinin ayrı bir cümlede, duruşmalı ve duruşmasız işler için birlikte düzenlenmesi yerinde olacaktır.
- 7) Duruşma başladıktan sonra ortaya çıkan veya öğrenilen ret nedenlerinden dolayı ret talebinde bulunmaya ilişkin yedi günlük süre, davaların ret nedeniyle gecikmesine neden olacak niteliktedir. Ancak kaynak Alman CMK'da olduğu gibi hemen ileri sürülmesi gibi sınırları belli olmayan bir süre yerine öğrenmeden itibaren en geç üç günlük bir süre, ret konusunda dilekçenin hazırlanması, sanığın müdafisi ile görüşmesi ve düşünmek için makul görünmektedir.
- 8) Md. 26/1'deki "mensup olduğu mahkeme" ve md. 31/2'deki "mahkeme" ifadeleri, sulh ceza hakiminin reddinde, "hakimlik" olarak anlaşılmalıdır. Ancak tartışmalı durumların ortaya çıkmasını önlemek adına söz konusu maddeler sulh ceza hakiminin reddini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.
- 9) Md. 26/1'deki, "Hakimin reddi, mensup olduğu mahkemeye verilecek dilekçeyle yapılır." ifadesi ile, ret talebinin hakimin mensubu olduğu mahkemeye yapılması gerektiği açıklanmak istenmiştir. Dilekçe kelimesi, duruşma sırasında yapılacak ret taleplerinin sözlü olarak yapılmasına bir engel teşkil etmemelidir. Tereddütlü duruma neden olmamak açısından ret talebinin duruşma sırasında da yapılabileceğine, bu talebin tutanağa geçirileceğine, ancak ret nedenleri o sırada olguları ile birlikte ortaya konmamışsa, en geç md. 25/2'deki süreler içinde gerekçeli olarak mahkemeye bildirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır.

- 10) Hakimin reddi için gösterilen nedenlerin doğruluğunun ispat edilmesi gerekli olmayıp, olabirliğinin inandırıcı bir şekilde ortaya konması yeterlidir. Madde metindeki ret nedenlerinin olguları ile ortaya konmasını, kaynak Alman CMK'daki gibi, ret sebeplerinin inandırıcılığının ortaya konması şeklinde yorumlamak yerinde olacaktır.
- 11) Muhakemenin uzamasını ve ret hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla md. 31/1'de, üç halde ret talebinin kabul edilemez olduğu gerekçesi ile geri çevrilmesi için basit bir inceleme usulü öngörölmüştür. Md. 31'deki "hâkimin reddi istemini aşığıdaki durumlarda geri çevirir" ifadesinin "hâkimin reddi istemini aşığıdaki hallerde kabul edilmezlik nedeniyle geri çevirir" şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.
- 12) Md. 31/1'deki usulün sadece kovuşturma evresinde ileri sürölen ret talepleri için kabul edilmiş olmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle sınırlamanın kaldırılması yerinde olacaktır. Yine, ret talebinin md. 27 uyarınca esastan incelenebilmesi için ret talebinin md. 31 uyarınca kabul edilmezlik nedeniyle geri çevrilmemiş olması gerekir. Bu nedenle sistematik olarak md. 31 düzenlemesinin kaynak Alman CMK'da olduğu gibi esastan incelemeye ilişkin md. 27'den önce yer alması gerekir.
- 13) Ret talebinin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığından bahisle geri çevrilebilmesi için, talebin bu amaçla yapıldığı açıkça, yani herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılıyor olmalı ve bu konuda başka bir araştırmaya gerek bulunmamalıdır.
- 14) Md. 31/2'de, "reddedilen hakimin müzakereye katılmasıyla" ret talebinin geri çevrileceği belirtilmekle birlikte, hakimin sadece müzakereye değil, geri çevirme sürecinin tamamına ve geri çevirme kararına katılması gerekir. Madde metnindeki "müzakereye katılmasıyla" yerine sadece "katılımı" ile denmesi yerinde olurdu.
- 15) Ret talebinin geri çevrilmesi de bir mahkeme kararı olduğu için md. 34 uyarınca kararda gerekçe gösterilmesi gerekir. Gösterilen gerekçe, itiraz halinde merci tarafından başvurunun esasının incelenmesine imkan verecek şekilde ayrıntılı olmalıdır. Uygulamada yeterli gerekçe gösterilmediği görölmektedir. Alman CMK, ret talebinin davayı uzatmak amacı ile yapıldığından bahisle mahkemece kolayca geri çevrilmesini önlemek için bu konudaki kararın oybirliği ile verilmesini ve geri çevirmeye neden olan koşulların kararda açıklanmasını isteyerek, davayı geciktirmeye dayanan kabul edilmezlik için daha katı koşullar kabul etmiştir. Benzer bir düzenlemenin CMK için de yapılması yerinde olacaktır.

- 16)** Geri çevirme kararına itiraz edilmesi halinde bu hususta itiraz mercii tarafından inceleme yapıp bir karar verilmeden reddedilen hakimin de katılımı ile yargılamaya devam edilip hüküm kurulması kanuna aykırı olup, hükmün bozulması nedenidir (md. 29/1). Uygulamada ret talebinin geri çevrilmesi üzerine yapılan ret talebinin sonucu beklenmeden yargılamaya devam edilerek hüküm kurulduğu görülmektedir.
- 17)** Md. 28'de, ret talebinin esastan incelenerek reddedilmesi kararına karşı yapılan itirazın reddi kararının hükümlerle birlikte kanun yolunda incelenmesi kabul edilmişken, md. 31'de ret talebinin geri çevrilmesine karşı sadece itiraz kanun yolu kabul edilmesi ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Md. 27'ye göre verilen ret kararlarına karşı yapılan itirazın reddi kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabildiğine göre, md. 31 uyarınca verilen geri çevirme kararlarına karşı yapılan itirazın reddi kararlarına karşı da evleviyetle istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilmelidir. Bu yönde bir düzenleme yerinde olacaktır.
- 18)** Sulh ceza hakiminin reddi halinde bir başka sulh ceza hakimliği hakimi değil, yargı çevresi içindeki asliye ceza mahkemesi ret konusunda karar verecektir. Bu düzenleme, karar verecek hakimin tarafsızlığının sağlanması açısından yerindedir.
- 19)** Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret taleplerinin dinlenmeyeceğine ilişkin Yargıtay Kanunu md. 39/3 cümle 3 hükmü sadece temyiz incelemesi için geçerli olduğu için, bir ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı hallerde dairenin toplanmasını engelleyecek nitelikte toplu ret talepleri yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu düzenleme AY ve AİHS güvence altına alınan hakimin tarafsızlığı ilkesine ve aynı nedenle AY md. 36'ya aykırı olduğu için kaldırılmalı ve ret nedeniyle karar verecek heyetin oluşturulamaması halinde heyetin nasıl oluşturulacağına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.
- 20)** Ret talebini esastan inceleyen mahkeme talebin kabulüne karar vermesi halinde bu karar kesin olduğu için kararın verilmesi ile birlikte reddedilen hakim artık dava konusu ile ilgili herhangi bir faaliyette bulunamaz. Merci tarafından davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkeme görevlendirilir. Bu görevlendirmenin kanunlardaki yetki ve görev kurallarına uygun olması gerekir. Bu açıdan soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin reddi talebinin asliye ceza mahkemesi tarafından kabul edilmesi halinde başka bir sulh ceza hakimi görevlendirilmelidir. Aksine uygulama hukuka aykırıdır.

- 21)** Ret talebinin reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde reddedilen hakim tekrar mahkemesine dahil olup, duruşmaya katılmaya başlar. Ret talebinin reddedilmesi halinde bu karara itiraz edilebilir; itiraz üzerine merci tarafından verilen ret kararının da hükümlerle birlikte kanun yolunda incelenebilmesi istenebilir. Uygulamada ret taleplerinin genellikle yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmesi ve itiraz kanun yolunun genellikle etkisiz olması nedeniyle ret taleplerinin reddine karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilmesi yerinde bir düzenlemedir.
- 22)** İtiraz mercii tarafından verilen bir ret kararının istinaf veya temyiz kanun yolunda incelenmesi için söz konusu kararın “hükümden önce verilip hükme esas teşkil etmesi” gerekmektedir. Soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin verdiği kararlar hükme etkili olan mahkeme kararları niteliğinde olmadığı için bu hakim hakkında yapılan ret talebinin kanun yolunda incelenmesi söz konusu değildir.
- 23)** Hakimin, tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir nedenin bulunmasına rağmen çekinmemiş olması md. 289/1-b kapsamında görev yasağı oluşturmaz. Çünkü md. 289/1-b’de “Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkim” ile kastedilen Md. 22 ve 23’te sınırlı şekilde sayılmış olan görev yasakları olup, bunların dar yorumlanması gerekir.
- 24)** Ret talebinin hüküm ile birlikte istinaf kanun yolunda incelenmesi talebi üzerine ret talebinin kanuna aykırı olarak reddedilip hakimin hükme katılmış olduğunun (md. 288/1-c) istinaf mercii tarafından tespiti halinde, ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilecektir; bölge adliye mahkemesinin bizzat duruşma açarak istinaf başvurusu hakkında karar vermesi söz konusu değildir.
- 25)** Tarafılık şüphesi nedeniyle reddedilen hakimin yapmış olduğu gecikmesinde sakınca olan işlem, yapılan ret talebi haklı kabul edilse bile geçerlidir. Yine herhangi bir görev yasağının bulunmadığının tespit edilmesi halinde de bu işlem geçerlidir. Buna karşın görev yasağının bulunduğu tespit edilmesi halinde yapılmış olan işlem geçersiz olacaktır.
- 26)** Alman kanun koyucu 2019 yılında Alman CMK § 29’da esaslı bir değişikliğe giderek, ister duruşma başlamadan önce yapılsın, isterse duruşma başladıktan sonra yapılsın, ret talebini duruşmanın başlamasına ve yürütülmesine

engel olmaktan çıkartmıştır. Almanya’da uygulama dikkate alınarak yapılan değişikliklerin Türk hukuku için dikkate alınmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü Alman uygulamasında hakimin reddi yoluna Türk uygulamasına göre daha sık başvurulduğu ve bu taleplerin bazen duruşmaların başlamasını veya kesintisiz bir şekilde yürütülmesini engelleyecek seviyeye ulaştığı görülmektedir. Türk uygulamasında oturum bittikten sonra bir sonraki duruşma gününe kadar ret konusunda bir karar verebilmek için yeterince zaman aralığı bulunmaktadır. Ancak duruşmanın başlamasına çok kısa bir süre kala yapılan ret talepleri ile muhakemenin gecikmesini önlemek için duruşmanın başlamasının ertelenmeyip oturumun başlatılmasına imkan veren bir düzenleme yerinde olacaktır.

- 27)** Duruşma başladıktan sonra yapılan bir ret talebinin kabulüne karar verilmesi halinde kural olarak duruşma tekrarlanacaktır. Kanunda, duruşmanın sadece ret talebinin yapılmasından sonraki kısmının tekrarlanacağına ilişkin bir açıklığa yer verilmediği için yedek hakim katılmamışsa duruşmanın baştan itibaren yeniden yapılması gerektiğini kabul etmek gerekir. Alman hukukunda da ret talebinin kabul edilmesi halinde duruşmaya yedek hakim katılmamışsa duruşmanın iptal edilip baştan itibaren yeniden yapılması gerekmektedir. Ancak bu durumda da yapıldığı zaman geciktirilmez olan işlemlerin yenilenmesi gerekli değildir. Aynı hususların Türk hukuku için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Aydın D, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz', (2006)(65) Türkiye Barolar Birliği 61-72
- Baytaç AB, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021
- Beulke W, Swoboda S, *Strafprozessrecht*, (15. Bası, C.F. Müller 2020)
- Birtek F, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk', *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80 (4), 1331-1372
- Bockemühl J, in: *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*, Herausgeber, Bernd von Heintschel-Heinegg/Jan Bockemühl, Loseblattwerk, 98. Lieferung - 01.07.2020, Carl Heymanns Verlag, 2020
- Bundesrechtsanwaltskammer, *Stellungnahme Nr. 30, November 2019, zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens* - BR-Drs. 532/19. <https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/november/stellungnahme-der-brak-2019-30.pdf> Erişim Tarihi 20 Haziran 2023
- Centel N, Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Bası, Beta Basım Yayım 2020)
- Centel N, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı*, (Kazancı, 1996)
- Cirener G, in: *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Graf, 48. Edition Stand: 01.07.2023 <<https://beck-online.beck.de/>>
- Çırak E, 'İstinaf Yargılaması Sonucu Verilen Kararların Kanun Yolu Denetimi', (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887-920
- Claus, Susanne, 'Zur Modernisierung des Strafverfahrens', (2020) NSTz 57-65
- Conen S, Tsambikakis M, in: *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Cilt 1, §§ 1-150 StPO*, Herausgegeben von Hans Kudlich, (2. Bası, C.H.Beck 2023)
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME, Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Bası, Adalet 2021)
- Günay E, *Hakimin Yasaklılığı Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, (Seçkin Yayıncılık, 2018)
- Heil H, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, Herausgegeben von Christoph Barthe/Jan Gericke, (9. Bası, C.H.Beck 2023)
- Kayhan F, 'Bir Duruşma Tutanağı Şerhi', <<https://www.hukukihaber.net/bir-durusma-tutanagi-serhi>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2023
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
- Kolcu S, *Adil Yargılanma Hakkı Boyutuyla Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi*, (Seçkin Yayıncılık 2020)
- Kühne H-H, *Strafprozessrecht*, (8. Bası, C.F. Müller 2010)
- Fischer T, Kudlich H, 'Ausschluss und Ablehnung von Richtern im Strafverfahren' (2020)(9) JA 641 - 648

- Ömeroğlu Ö, *Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi*, (Ekin Basım Yayın 2012)
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (6. Bası, Adalet Yayınevi 2021)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar YF, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Riess P, Hilger H, 'Das neue Strafverfahrensrecht - Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987', (1987) NStZ 145-157
- Roxin C, Schünemann B, *Strafverfahrensrecht*, (30. Bası, C.H.Beck 2022)
- Sarıgül AT, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, (Seçkin Yayıncılık, 2012)
- Schmitt B, in: Bertram Schmitt/Köhler, Marcus, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, (66. Bası, C.H.Beck 2023)
- Schork, S, 'Das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens/Änderung der Kräfteverhältnisse zum Nachteil der Verteidigung', (2020)(1) NJW 1- 5
- Siolek W, in: *Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Herausgegeben von Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor, Cilt 1, Einleitung; §§ 1-47, (27. Bası, De Gruyter 2016)
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık 2005)
- Şahin C, Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Şen E, 'Sulh Ceza Hakiminin Reddi', <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1928336-sulh-ceza-hakiminin-reddi>> Erişim Tarihi 08 Ocak 2023
- Toroslu N, Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Bası, Savaş Yayınevi 2019)
- Tuncer SD, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hakim Tarafsızlığını Reddi ve Çekinmesi*, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Yayıncılanmamış Dalı Doktora Tezi, 2021)
- Turhan, Faruk, 'Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hakim Tarafsızlığı ve Görev Yasakları', (2018) XXII (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129-171
- , 'Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirilmesi', (2020) XXIV (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 359-409
- , 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme', Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoğlu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan (eds), *Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan*, (Seçkin Yayıncılık, 2018) 1227 - 1268

- Ünver Y, Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Bası, Adalet Yayınevi 2022)
- Wesslau E, Deiters, M, in: *Jürgen Wolter (Hrsg.), SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I: §§ 1-93 StPO*, 5. Bası, Carl Heymanns Verlag 2018)
- Wiedner S, in: *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Graf, 48. Edition Stand: 01.07.2023 <https://beck-online.beck.de/>)
- Yaşar O, *Açıklamalı - İctihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 1*, (Seçkin Yayıncılık 1998)
- Yaşar O, Otacı C, *Yeni İctihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, I. Cilt Madde 1-156*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022)
- , *Yeni İctihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Madde 157 - 335*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yenisey F, Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yenisey F, Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung (StPO)*, (2. Bası, Beta Basım Yayın 2015)
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Zwiehoff, G, *Der Befangenheitsantrag im Strafverfahren*, (2. Bası, Carl Heymanns Verlag, 2013)

Meşru Savunmada Orantılılık^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN^(**)

Öz

Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen müesseselerden biri de m. 25'te yer alan meşru savunmadır. Normal şartlar altında suç teşkil edebilecek bir eylem, meşru savunma kapsamında gerçekleştirildiğinde artık hukuka uygun sayılacaktır. Meşru savunmaya ilişkin şartlar TCK m. 25'te sayılmıştır. Söz konusu şartlardan biri de savunmanın saldırı ile orantılı olmasıdır. Ancak madde metninde orantılılıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Çalışmada orantılılığın tespiti ile ilgili olarak öncelikle meşru savunma kanun olan Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme doğrultusunda Alman literatürü incelenerek orantılılık hususuna ilişkin açıklamalar yapılmış olup, ardından Türk literatürü ve yargı kararları doğrultusunda orantılılık tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Meşru Savunma, Meşru Savunmanın Şartları, Orantılılık, Hukuka Uygunluk Nedenleri.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.08.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 05.11.2023.

Atıf Şekli: Mahmut Kaplan, 'Meşru Savunmada Orantılılık' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1139, 1175.

DOI: 10.52273/sduhfd..1345964.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: kaplan.mahmut@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2006-8785>.

Proportionality in Self-Defense

Abstract

One of the justification reasons in Turkish Criminal Code is self-defence, that takes part in Art. 25. An act that under normal circumstances can cause a crime will be count as legitimate when it is done in the context of self-defence. The conditions of self-defence are counted in Art. 25 of Turkish Criminal Code. One of these conditions is proportionality, but there is not an explanation about it in the article text. In this study, first, explanations about proportionality through both the source code German Criminal Code and German criminal law literature and then determination of proportionality through the Turkish criminal law literature and Turkish judicial desicions are made.

Keywords

Self-Defence, The Conditions of Self-Defence, Proportionality, Justification Reasons.

Extended Summary

One of the exceptional cases where the monopoly of the use of force is given from the state to individuals is self-defence. Self-defence refers to the power used to repel an unjustified attack on one's own rights or the rights of others. Since the state cannot be present everywhere, this institution, which ensures the protection of the rights of individuals, is a reason for compliance with the law. Since self-defence also ensures that the force used against the aggressor is accepted as lawful, it has the effect of deterring the aggressor from committing a crime by making the aggressor aware that he will receive a reaction to his action. For this reason, the perpetrator of the defence act is not held responsible for the defence act used to repel the unjust attack on the rights of individuals.

In order to talk about self-defence, some conditions must coexist. Firstly, there must be an unjustified attack. Secondly, the attack must be actual. The third condition is that the attack must be directed against a right. The right that mentioned here is a personal right and self-defence is not possible in attacks against public rights. The right may belong to the defender or to a third person. In second case, there is self-defence in favour of the third person. The necessity of defence is another condition. Finally, there must be a proportion between defence and attack. This condition constitutes the subject of this study. In this context, the study examines the situation in German law due to its impact on Turkish doctrine and practice, and then examines proportionality in self-defence in terms of Turkish law. In the examination, the concept of proportionality, the criteria to be considered in determining proportionality and the cases of lack of proportionality are analysed. The conclusions reached are summarised below.

Proportionality in self-defence is not a matter of equality. In other words, attack and defence do not have to be equal. The criterion here is whether the defence is carried out for the purpose and to the extent of defeating the attack. In determining whether the defence is capable of defeating the attack, the tools used in the attack and defence, the way these tools are used, whether the defensive action is chosen in a way that causes the least damage, the legal values which both the attack and the defence is directed, the physical and mental state of the perpetrator and the defence possibilities will be taken into consideration.

It is not possible to talk about an absolute equality between attack and defence. Therefore, in the examination of proportionality it should be determined whether there is a balance or not. A search for equality instead of balance will prevent the perpetrator from benefiting from self-defence in many cases.

The sameness of the tools tools used in attack and defence is not a necessary criterion for proportionality. This is because the perpetrator may not have an alternative tools of defence that can be used under the circumstances of the incident. For this reason, the perpetrator should not be forced to find the same tool used in the attack for defence. An attack with a fist can be defended by knife or firearm. This difference does not directly eliminates proportionality.

When determining the proportionality between the tools used in attack and defence, the way these tools are used is also important. The tools of defence must be used in a way to cause less damage. If the perpetrator has the opportunity to use the tool in a way that causes less damage, but does not prefer this method, it is no longer possible to talk about proportionality.

The defence method chosen by the perpetrator is also important in terms of proportionality. It is not possible to talk about proportionality if a defence method that will cause more damage to the attacker is chosen instead of a defence method that will cause less damage to the attacker. There is no proportionality in the possibility that the attacker is injured by targeting the attacker while it is sufficient to fire a warning shot at the attacker, or that the attacker is injured in a life-threatening way while the attack can be defeated by wounding the attacker in the foot.

It is not possible to talk about a proportionality between the attack and the legal values directed by the defence. Otherwise, a result that is incompatible with Article 25 of the TPC will occur. The field of application of self-defence is considerably narrowed. In many cases, self-defence becomes inapplicable. Such a result is also not desired by the idea that seeks a balance between legal values. A defence that would end the right to life in an attack on sexual freedom cannot be considered disproportionate on its own. Similarly, a defence against an attack on property that violates bodily integrity or the right to life cannot be considered disproportionate on this criterion alone.

Proportionality is a relative concept and therefore not absolute. It must be determined within the conditions of the concrete incident and according to the moment of the incident. The evaluations to be made before or after the incident result in us accepting many possibilities within the scope of self-defence as disproportionate. For this reason, the moment of the incident is the main point in terms of the time of evaluation. It is also not possible to objectively assess proportionality, which is itself relative, while examining the circumstances of the incident. For this reason, the reaction of the perpetrator should be analysed instead of the reaction of an average person at the time of the incident. The mental and physical condition of the perpetrator, the physical condition of the aggressor, the place and time of the incident, the defensive capabilities of the perpetrator are subjective criteria and these must be considered in the proportionality assessment. Since an objective assessment would ignore the characteristics of the perpetrator, the assessment should be made subjectively and under the conditions of the concrete incident.

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Meşru savunma bireyin haklarına yönelmiş olan haksız bir saldırı karşısında o anda kolluk kuvvetlerinin yardımına başvuramaması nedeniyle kabul edilmiş bir hukuka uygunluk nedenidir. Zira güç kullanma yetkisi devlete ait olup, devlet bu yetkisini kolluk marifetiyle kullanmaktadır. Ancak devletin ajanlarının her sokakta, her mahallede veya konutta diğer bir ifadeyle her yerde bulunması mümkün değildir. Bu sebeple kişilerin haklarına yönelmiş saldırılar söz konusu olduğunda, hakkın korunması adına bireylere hakkını korumak amacıyla ve koruyacak ölçüde güç kullanma yetkisi tanınmıştır¹. Esasında hukuk düzeninin kişiye sağlaması gereken koruma fiilen sağlanmadığından, bireye haklarını koruma olanağı tanınmaktadır².

Meşru savunma AİHS m. 2/2-a³ bağlamında yaşam hakkının ihlalini sağlayabilecek bir müessese olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde 1982 Anayasası m.

¹ Ertuğrul Ünal, “Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması” (2021) 12(2) İnÜHFD, 671,673. Doktrinde her canlının saldırıya tepki göstermesi nedeniyle meşru savunmanın hukuka uygunluk nedeni sayıldığı belirtilmektedir. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (19. Bs., Seçkin, 2019) 270; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bs, Adalet, 2022) 498; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bs, Adalet, 2019), 482; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75*, (3. Bs. Beta, 2013) 306; Nuri Berkay Özgenc, “Meşru Savunmada Orantılılık”, (2022) 12 (24) HKÜHFD 245, 246. Meşru savunmanın saldırıya uğrayan bir kimsenin saldırıya saldırı ile karşılık vermek suretiyle kendini savunması zorunluluğundan doğan doğal bir hak olduğu yine doktrinde ileri sürülmektedir. Şinasi Z. Devrin, *Ceza Hukuku*, (Yeni Cezaevi Matbaası 1946) 249. Meşru savunma saldırıya karşı gösterilen zorunlu bir tepki, başka surette korunamayacak olan hakkın korunmasıdır. Sulhi Dönmez ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (10. Bs Beta 1994) 97. Aynı yönde bkz. Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Yenilenmiş Bs. Beta 2016), 325-327; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Hukuk Akademisi 2021) 498; Yüce ise meşru savunmayı haksızlık karşısında hakkın savunulması şeklinde tanımlamaktadır. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri, C I*, (Şafak Basım ve Yayınevi 1982) 255; Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunmada Orantı”, *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı*, (Adalet 2022) 131, 131; Cengiz Apaydın, *Meşru Savunma* (3. Baskı Seçkin 2020) 42. *Kartal* ise meşru savunmanın doğal bir hak olduğu, devlet tarafından bireye devredilen bir savunma yetkisi olmadığı düşüncesindedir. Melik Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık*, (On İki Levha 2019) 61. Topçu ise bireyin saldırı altında olan hakkının devletin bulunmadığı yerde saldırının def edilmesi amacıyla kullanılan gücün haksız olduğunun düşünülmemeyeceğini belirtmektedir. Namık Kemal Topçu, *Meşru Savunma*, (Adalet, 2022) 73.

² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, (Filiz 1992) 241; Öztürk ve Erdem (n1) 270; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 498; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (27. Bs. Adalet 2022) 294-295; Dülger (n1) 499; Mehmet Şahin, “Yasal (Meşru) Savunma”, (2008) 75 TBB Dergisi 284, 286; Akbulut (n1) 482; Topçu (n1) 73.

³ AİHS m. 2/2-a: Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

17/4'te kişi dokunulmazlığının istisnaları arasında sayılmıştır. Aynı doğrultuda 5237 sayılı TCK m. 25/1'de meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin gerekçesine baktığımız zaman "suç işlediklerinde karşılık görecekları endişesi"nin meşru savunmanın caydırıcılık fonksiyonuna işaret edildiğini görmekteyiz⁴. İşte bireyin haklarını kendisi güç kullanmak suretiyle koruduğu durumlara meşru savunma diyoruz⁵. Meşru savunma güç kullanımının bireylere istisnai olarak devredildiği bir hukuka uygunluk nedenidir⁶. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında aynı hususu vurgulamıştır:

⁴ Gerekçeyle benzer doğrultuda meşru savunmanın suçlulukla mücadelede önemli bir araç olduğu ileri sürülmektedir. Öztürk ve Erdem (n1) 270. *Özgenç* meşru savunma ile insanlarda hukuk bilincinin gelişmesine katkıda bulunulduğu görüşündedir. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Bs. Seçkin 2021) 358. *İçel* benzer açıklamalar yaptıktan sonra insanın kendisini ve mensup olduğu türü koruma güdüsünün olduğunu ve bu güdünün de toplumun yararına ve gerçeklerine uygun olduğuna dikkat çekmektedir. İçel (n1) 327. Benzer yönde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Bs. Seçkin 2019) 276-277; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Bs., Seçkin 2022) 311; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Bs. Seçkin 2022) 304; Hakeri (n2) 295; Erdal Yerdelen ve Şeyda Altuntaş Yıldız, "Meşru Savunmada Saldırı Fiilinin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan, (Ed. Mahmut Koca), (Seçkin 2020) 1069, 1077; Ömer Demirci, "Meşru Savunma", (Yüksel Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2014) 1; Barış Çetin, "Karşılaştırmalı Hukukta Meşru Savunma", (Haziran 2020) 4 (1) Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 34, 35; Rojda Saman, "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunma", (2021) 95(2) İstanbul Barosu Dergisi 298, 298.

⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 304; Özgenç (n4) 358. *Hafizoğulları ve Özen* ise üçüncü kişi lehine meşru savunma mümkün olduğundan kişinin kendisini koruma içgüdüğü düşüncesi ile meşru savunmanın açıklanamayacağı ve fakat saldırıya uğrayan hakkın diğerinden (savunma ile ihlal edilen) üstün olduğu düşüncesi ile açıklanabileceği görüşündedir. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Bs. US-A 2019) 218.

⁶ Önder (n2) 241; Köksal Bayraktar, "Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Ceza Hukuku Günleri*, (Beta 1998) 67, 70; Reşit Karaaslan, "Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma", (Ağustos 2020) 15 (43) CHD 463, 465; Erkan Şenses, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu'nda Meşru Savunma", *TBB Dergisi*, S.112, 2014, 397-409, s.398. Meşru savunmanın hukuki esasına ilişkin görüşler için bkz. Devrin, s. 251 vd; Faruk Erem, *Ümami Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C II*, (12. Bs. Seçkin 1985) 21 vd; Dönmezer ve Erman (n1) 99 vd; İçel (n1) 326; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, (Seçkin 1995) 29 vd; Demirbaş (n4) 310-311; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 304-305; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (8. Bs. Beta 2014) 295; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, TCK m. 1-75, 3. Bs. Beta, İstanbul, 2013, s.305; Dülger (n1) 500; Hasan Sınar, "Self-defense As A Justification Reason In Turkish Criminal Law", (2016) 11 (30) CHD 29, 30; Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, (On İki Levha 2013) 5 vd.; Kartal (n1) 10 vd.; Demirci (n4) 15 vd.

“Bir kimsenin ağır ve haksız bir tecavüzü kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacı ile gösterdiği zorunlu tepki” olarak tanımlanan meşru savunma; bir kimsenin, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakkı hedef alan, gerçekleşen ya da gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı, saldırı ile eş zamanlı olarak hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde, kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak mecburiyetiyle saldırıda bulunan kişiye karşı işlediği ve hukuk düzenince meşru kabul edilen fiillerdir.”

Kişi hakkına yönelmiş olan bir saldırıyı def etmek amacıyla güç kullanabilir. Bir başkasının hakkına yönelmiş saldırılara karşı da meşru savunmada bulunabilir⁸. Ancak toplumsal değerlere yönelik olarak meşru savunmada bulunulması kabul edilmemiştir⁹. TCK m. 306’da düzenlenen “Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama Suçu” açısından 6. fıkrada getirilen istisna¹⁰ dışında bireylere ait olmayan değerler bakımından meşru savunmaya başvurulması mümkün değildir¹¹. TCK m. 306’da getirilen bu düzenleme milli direniş hareketlerinin hukuka uygunluğunu vurgulamak amaçlıdır. Nitekim keyfiyet madde gerekçesinde de aynı doğrultuda açıklanmaktadır.

⁷ Yargıtay CGK, 252/99, 17.2.2022.

⁸ Üçüncü kişi lehine meşru savunma hakkında detaylı bilgi için bkz. Karaaslan (n6) 465 vd.

⁹ İçel (n1) 335; Koca ve Üzümez (n4) 280; Apaydın (n1) 72; Akbulut (n1) 482; Mustafa Ruhan Erdem, “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)” (2007) 9 (Özel Sayı) DEÜHFD 987, 989; Demirci (n4) 15; Saman (n4) 303. *Ersan* ise üçüncü kişi lehine meşru savunma kapsamında tüzel kişiler ile devlete ait malvarlığına yönelik saldırılarda da meşru savunmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak yazar toplumsal değerlere yönelik hakların ancak bireylerin doğrudan doğruya etkilendiği durumlarda meşru savunmanın konusu olabileceğini belirtmek suretiyle kendisi ile çelişmektedir. *Ersan* (n6) 26. Aynı yönde bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 508. Ancak son yazarlar saldırının kişilerin doğrudan doğruya kullandıkları eşyalara yönelik olması halinde de meşru savunmanın mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Bu kapsamda sokak lambaları, direkler, otobüs durakları gibi ortak kullanımındaki eşyalara karşı meşru savunmanın mümkün olduğu yazarlarca ileri sürülmektedir. Yazarlara katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Zira böyle bir kabul, kamunun ortak kullanımına ayrılan her türlü değere karşı gerçekleştirilen saldırılara karşı meşru savunmanın mümkün olduğu sonucunu doğurur. Meşru savunmanın kabul edilmesinin amacı ise bireylerin haklarının devlet tarafından korunamadığı durumlarda güç kullanma tekelinin yer değiştirmesi suretiyle hakların muhafazasını sağlamaktır. Verilen örnek açısından ise böyle bir durum bulunmamaktadır.

¹⁰ *Madde 306/6*: Bu madde hükümleri, fiili savaş halinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz.

¹¹ *Hakeri* söz konusu düzenlemeyi “özel meşru savunma” olarak nitelendirmektedir. *Hakeri* (n2) 294.

Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için bazı şartları bir arada bulundurması gerekir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 25/1'de yer alan düzenlemeden hareketle bu şartların gerçekleşmesi failin hareketini hukuka uygun hale getirecektir diyebiliriz. Maddeye göre; *Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*

Doktrinde meşru savunmanın koşullarına ilişkin farklı¹² sınıflandırmalar yapılmış olsa da biz meşru savunmanın koşullarını şu şekilde belirliyoruz: *Haksız bir*

¹² *Öztürk ve Erdem* bu koşulları saldırı ve savunmaya ilişkin olarak ikiye ayırdıktan sonra, haksız saldırı olması, saldırının bir hakka yönelik olması, saldırının halen var olması, savunmada zorunluluk bulunması, savunma ile saldırı arasında oran bulunması ve savunma iradesinin olması şeklinde incelemektedir. *Öztürk ve Erdem* (n1)270-280. *Dönmezer ve Erman* da koşulları önce saldırıya ve savunmaya ilişkin olmak üzere ayırmaktadır. Yazarlara göre meşru savunmanın koşulları saldırının haksız olması, saldırının kişiliğe ilişkin bir hakka yönelmiş olması, saldırının halen var olması, savunmada zorunluluk bulunması ve savunma ile saldırı arasında bir orantının bulunmasıdır. *Dönmezer ve Erman* (n1) 105 vd. *Centel, Zafer ve Çakmut* ise meşru savunmanın koşullarını haksız saldırı olması, saldırının hakka yönelik olması, savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunmanın orantılı olması şeklinde tasnif etmektedir. *Centel, Zafer ve Çakmut* (n6) 296 vd. *İçel* ise benzer şekilde saldırıya ve savunmaya ilişkin koşullar şeklinde meseleyi ikiye ayırdıktan sonra bir saldırının bulunması, saldırının haksız olması, saldırının kişiye ait bir hakka yönelmiş olması, saldırının savunma sırasında var olması, savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunma arasında uygun oran bulunması koşullarını meşru savunma açısından gerekli koşullar olarak tasnif etmiştir. *İçel* (n1) 328 vd. *Yüce* ise meşru savunmanın koşullarını, haksız saldırı, saldırının nefse veya ırza yönelmiş olması ve savunmanın zorunlu bulunması şeklinde ele almaktadır. (Bu sistematüğün mülga 765 sayılı TCK dönemine ilişkin olduğunun altını çizmekte fayda var.) *Yüce* (n1) 255. *Hakeri* ise saldırıya ve savunmaya ilişkin koşulları iki ayrı başlıkta ele almakta olup saldırının varlığı, saldırının filhal olması, saldırının haksız olması, savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunma arasında oran olması özelinde koşulları detaylandırmaktadır. *Hakeri* (n2)297. Aynı yönde bkz. *Hafizoğulları ve Özen* (n5) 219 vd. *Ersan* saldırı ve savunmaya ait koşullar olmak üzere iki üst başlıkta topladığı koşulları; saldırının varlığı, saldırının haksızlığı, saldırının bir hakka yönelik olması, saldırının güncel olması, savunmanın saldırgana karşı yapılması, savunmanın zorunluluğu, haksız saldırı ile savunma arasında zorunluluk ve savunma iradesi şeklinde tasnif etmektedir. *Ersan* (n6) 10 vd. *Koca ve Üzülmöz* de aynı doğrultuda saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar şeklinde iki koşul belirledikten sonra alt koşul olarak bir saldırının varlığı, saldırının haksız olması, saldırının kişilere ait bir hakka yönelmiş olması, savunmanın saldırgana yönelmesi, savunmanın zorunlu olması, saldırı ile savunma arasında orantının bulunmasını aramıştır. *Koca ve Üzülmöz* (n4) 277 vd. Aynı doğrultuda bkz. *Demirbaş* (n4) 311 vd; *Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır* (n1) 502 vd; *Özbek, Doğan ve Bacaksız* (n4) 305 vd; *Zafer* (n1) 306 vd; *Dülger* (n1) 501 vd; *Şahin* (n2) 297 vd. *Yargıtay* da doktrinle benzer şekilde koşulları belirlemektedir: “*Saldırıya ilişkin koşullar; bir saldırının bulunması, saldırının haksız olması, saldırının bir hakka yönelik olması, saldırının halen mevcut olması şeklinde belirtilmektedir. Savunmaya ilişkin koşullar ise, savunmada zorunluluk bulunması, saldırı ve savunma arasında orantı bulunması, savunmanın saldırıya ve*

saldırının varlığı, saldırının bir hakka yönelmesi, saldırıyı def edecek ölçüde (orantılı) güç kullanımı ve savunmanın zorunlu olması.

Saldırı ile savunma arasında orantının bulunması gerek madde metninde gerekse gerekçede açıkça vurgulanmıştır. Nitekim TCK m. 25/1’de “saldırı ile orantılı biçimde” demek suretiyle orantının saldırı ile savunma arasında aranacağı vurgulanmıştır. Keza madde gerekçesinde de “Savunmanın “saldırı ile orantılı” olması, yani saldırıyı def edecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır” demek suretiyle orantılılığın üzerinde durulmuştur. Gerçekten de haksız saldırın varlığı halinde savunma davranışı sınırlandırılmaz ise adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilir. İşte bu sebeple meşru savunmada orantılılığın tespiti önemlidir. Çalışmamızda meşru savunmanın diğer koşulları üzerinde durmadan “orantılılık” sorunu ele alınacaktır. Aksi halde çalışma bir monografik eser şeklinde genişleyebilecektir. Meseleyi makale konusu olarak sınırlandırmak adına böyle bir tercihte bulunulmuştur.

I. MEŞRU SAVUNMADA ORANTILILIK

A. Alman Ceza Hukukunda Orantılılık

Alman Ceza Kanunu’nda (StGB) meşru savunma m. 32’de düzenlenmiştir¹³. Maddenin ilk fıkrasında meşru savunma için gerekli¹⁴ bir eylemde bulunan kimşenin hukuka aykırı hareket etmiş olmayacağı belirtilmektedir. İkinci fıkrada ise meşru savunma; kişinin kendisine veya bir başkasına yönelmiş mevcut bir hukuka aykırı saldırıyı önlemek için gerekli olan¹⁵ savunma olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere Alman CK, TCK’dan farklı olarak kanuni düzenleme içerisinde

saldırına karşı yapılması şeklinde belirlenmiştir.” Yargıtay CGK, 1-841/440, 31.10.2017; Yargıtay CGK, 170/182, 05.10.2010; Yargıtay CGK, 281/37, 26.02.2008; Yargıtay CGK, 436/190, 08.05.2012; Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015; Yargıtay CGK, 1557/233, 06.05.2014. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2023.

¹³ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_32.html> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2023.

¹⁴ Burada gereklilik olarak tercüme ettiğimiz kavram Almanca “Gebotenheit” olarak ifade edilmekte olup, kavram altında savunmanın hukuken izin verilebilir bir savunma olup olmadığı tartışılmaktadır. Claus Roxin, *Strafrecht AT*, (2. Auflage C.H. Beck 1994) §15 kn. 51.

¹⁵ Burada “gerekli olan” olarak tercüme ettiğimiz kavram ise Almanca “Erforderlichkeit” olarak ifade edilmekte olup, savunmanın saldırıyı anında durdurabilecek veya en azından hafifletebilecek nitelikte ve aynı zamanda mevcut ihtimaller arasında en hafif yöntem olmasını belirtmektedir. Karl Lackner ve Kristian Kühn, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage C.H. Beck 2023) §32 kn. 9; Bernd von Heintschel-Heinegg (n15) *Beck OK StGB*, (57. Auflage C.H. Beck 2023) § 32 kn, 27.

orantılılık kavramına açıkça yer vermemiştir. Ancak buradan Alman ceza hukukunda meşru savunma bakımından bir orantılılık aranmadığı sonucu ortaya çıkmamalıdır. Aşağıda açıklayacağımız gereklilik ve hukuken izin verilebilirlik kavramları bağlamında orantılılık hususu Alman literatüründe de tartışılmaktadır.

1. Savunmanın Gerekliliği (die Erforderlichkeit der Verteidigung)

Alman CK m. 32/2 bağlamında meşru savunma ancak gerekli bir savunmayı ifade ettiği takdirde ve ölçüde hukuka uygundur¹⁶. Gerekli savunma, saldırıyı püskürtmeye uygun savunma anlamına gelmektedir¹⁷. Savunmanın gerekliliği, aynı zamanda kullanılan aracın mevcut alternatifler arasından en hafif olanının seçilmesi ve bu aracın da en az zarar verecek şekilde kullanılmasını ifade eder¹⁸. Bu son şart aynı zamanda saldırıyı sonra erdirebilecek eşit düzeydeki araçlar arasından saldırıya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi olarak da ifade edilebilir¹⁹.

a. Savunmanın Uygunluğu

Uygun savunma; türüne ve ölçüsüne göre saldırıyı sona erdirmeye veya en azından zayıflatmaya yahut erteletmeye elverişli savunmadır²⁰. Bu bağlamda, saldırının devamına veya sona ermesine ilişkin koşullar üzerinde etkisi olmayacağı açıkça belli olan eylemlerin savunma özelliği söz konusu değildir²¹. Örneğin, kaldırıma park etmiş bir arabayı çizerek zarar vermek veya saldırıya hakaret etmek gibi mevcut saldırının sonlanması üzerinde etki doğurmayan davranışlar uygun savunma eylemi olarak değerlendirilemeyeceklerdir²².

¹⁶ Adolf Schönke ve Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage H.C. Beck 2019) §32 kn. 29.

¹⁷ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 34; Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 9.

¹⁸ Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 9; von Heintschel-Heinegg (n15) § 32 kn. 27; Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, (8. Auflage Vahlen 2017) §7 kn. 89; Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht AT*, (52. Auflage C.F. Müller 2022), §10 kn. 509; Walter Gropp ve Arndt Sinn, *Strafrecht AT*, (5. Auflage Springer 2020) §5 kn. 148; Bernd Heinrich (n18) *Strafrecht AT*, (7. Auflage Kohlhammer 2022) §14 kn. 355; Roxin (n14) §15 kn. 41.

¹⁹ Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen ve Frank Saliger, *Strafgesetzbuch*, (6. Auflage Nomos 2023) §32 kn. 88; Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 9; Volker Erb ve Jürgen Schäfer, *Münchener Kommentar zum StGB, B 1*, (4. Auflage C.H. Beck 2020), §32 kn. 129.

²⁰ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 35; Heinrich (n18) §14 kn. 354; Volker Krey ve Robert Esser, *Deutsches Strafrecht AT*, (7. Auflage Kohlhammer 2022) §14 kn. 508; Kühl, §7 kn. 95; Wessels, Beulke ve Satzger (n18) §10 kn. 510.

²¹ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht AT*, (12. Auflage Giese King 2016) §15 kn. 30.

²² Kühl, §7 kn. 97; Krey ve Esser (n20) §14 kn. 508; von Heintschel-Heinegg (n15) § 32 kn. 28.

b. En Hafif Aracın Seçilmesi

Mevcut saldırı durumunda savunmaya yönelik tek bir savunma aracı varsa bu anlamda zaten bir seçimden söz edilemeyeceği için meşru savunmanın gerekliliği açısından bir sorun söz konusu değildir²³. Ancak birden fazla alternatifin bulunduğu durumlarda, savunma yapan kişinin bunlardan saldırıyı def etmeye yönelik en hafif aracı seçmesi gerekmektedir²⁴.

En hafif savunma aracının seçiminde önem arz eden hususlar, saldırının gücü ve tehlikesi ile savunma yapmak zorunda kalan kişinin kullanabileceği araçlar bakımından sahip olduğu imkânlar ve bu araçlara ilişkin başarı beklentisidir²⁵. Bir diğer ifade ile en hafif aracın seçimini saldırı anındaki şartlar ve failin bu şartlar içerisinde yaptığı değerlendirme belirleyecektir.

c. Seçilen Aracın En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması

Seçilen savunma aracı, saldırgana en az zarar verecek şekilde kullanılmalıdır²⁶. Savunma araçları ne kadar tehlikeliyse, söz konusu araçların kullanım şekline de o kadar fazla özen gösterilmelidir²⁷. Bu nedenle yaşamı tehdit eden araçlar -eğer mümkünse- öncelikle saldırganın yaşamını tehlikeye atmayacak şekilde kullanılmalıdır. Örneğin, uyarı atışının yeterli olması ihtimali değerlendirilmeden doğrudan saldırgan hedef alınmamalıdır. Bir darbenin yeterli olması durumunda artık devam eden darbeler söz konusu olmamalıdır²⁸. Devam eden darbelerin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

İfade etmeliyiz ki, hak, haksızlık karşısında geri çekilmeye zorlanamaz²⁹. Bu nedenle, daha hafif bir yol olarak görülebilen kaçmak veya benzeri onur kırıcı davranışlar imkân olsa bile savunma yapandan beklenmemelidir³⁰. Kişinin kaçmamış olması meşru savunmadan yararlanmasına engel teşkil etmeyecektir.

²³ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 36.

²⁴ Krey ve Esser (n20) §14 kn. 508; Kühl, §7 kn. 100; Wessels, Beulke ve Satzger (n18) §10 kn. 511.

²⁵ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, Saliger (n19) §32 kn. 91.

²⁶ Kühl, §7 kn. 102.

²⁷ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 36b.

²⁸ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 36b.

²⁹ Wessels, Beulke ve Satzger (n18) §10 kn. 517.

³⁰ Eric Hilgendorf ve BrianValerius, *Strafrecht AT*, (3. Auflage C.H. BECK 2022) §5 kn. 39.

2. Savunmanın Hukuken İzin Verilebilirliği (die Gebotenheit der Notwehr)

Yukarıda açıkladığımız üzere meşru savunma gerekli olmalıdır ve gereklilik şartını karşıladığı takdirde meşru savunma bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak her gerekli meşru savunma, hukuken izin verilen bir savunma eylemi değildir³¹. Zira her ne kadar kanunda yer alan şartları sağlasa da, meşru savunma adı altında hakkın kötüye kullanımı söz konusu olamaz³². Bu bağlamda, Alman literatüründe ve içtihatlarında meşru savunmanın aynı zamanda hukuken izin verilebilir olması gerektiği ifade edilmekte ve bir takım olay gruplarıyla meşru savunma eylemlerinin sosyo-etik olarak kısıtlanması gerektiği belirtilmektedir³³. Literatürde çeşitli olay gruplarına yer verilmekle birlikte temel olarak anlamsız savunma hali, aşırı orantısızlık, kusur yeteneği olmayanların saldırılarına karşı savunma, saldırgan ile saldırıya uğrayan arasında yakın ilişki bulunması durumu, kasıtlı provokasyon halleri sosyo-etik kısıtlamalar kapsamında değerlendirilmektedir³⁴.

Toplumsal olarak olağan görülen birtakım rahatsızlık verici eylemler saldırı olarak kabul edilmezler ve bunlara karşı meşru savunma hakkı yoktur. Örneğin göze tutulan el feneri, sıkışık trafikte birisi tarafından itilme, söz dalaşı esnasında laf dokundurma gibi eylemlere karşı gerçekleştirilen meşru savunma hareketi bu bağlamda hukuka uygun sayılmayacaktır³⁵. Benzer şekilde aşırı orantısızlık hallerinde de meşru savunmadan söz edilemeyecektir³⁶. Bu noktada bir şişe şurup çalan hırsız silahla ateş edilmesi, bahçedeki şeftali ağacının elektrikli telle korunmaya alınması, işgal edilen park yerinde bulunan saldırganı bu hareketinden vazgeçirmek için ezme gibi fiiller her ne kadar savunma hareketi olsalar da meşru kabul edilemezler³⁷.

Kusur yeteneği olmayan kişilere karşı yapılacak meşru savunma hareketleri de sınırlamaya tabidir³⁸. Örneğin bir çocuk tarafından saldırıya uğrayan kişinin hafif bir tokat atarak saldırıyı savuşturması beklenir³⁹. Failin savunma hareketini yaparken daha fazla özen göstermesi beklenir.

³¹ Roxin (n14) §15 kn. 51.

³² Wessels, Beulke ve Satzger (n18) §10 kn. 519.

³³ Krey ve Esser (n20) §14 kn. 528.

³⁴ Krey ve Esser (n20) §14 kn. 532; Kühl, §7 kn. 168.

³⁵ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 49.

³⁶ Baumann, Weber, Mitsch, Eisele (n21) §15 kn. 52; Heinrich (n18) §14 kn. 364; von Heintschel-Heinegg (n15) § 32 kn. 35.

³⁷ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 51.

³⁸ Heinrich (n18) §14 kn. 383; Roxin (n14) §15 kn. 55.

³⁹ Roxin (n14) §15 kn. 56.

Yakın ilişki içerisindeki kişiler bakımından da meşru savunma hareketleri kısıtlıdır⁴⁰. Burada esasen ifade edilen, yakın ilişkiden kaynaklı garantörlük durumlarıdır⁴¹. Kişiyi bir taraftan garantörlük yüklenirken diğer taraftan ona sınırsız savunma hakkı verilmesi çelişki arz edeceği için bu gibi durumlarda meşru savunma hakkı kısıtlanmıştır⁴². Bu bağlamda örneğin eşler arasındaki saldırılarda savunma yapan tarafın daha ihtiyatlı olması gerekmektedir⁴³.

Saldırıya uğrayanın saldırıyı provoke ettiği durumlarda da meşru savunma hakkı kısıtlanmıştır. Örneğin; saldırıyı provoke eden taraf, saldırı ve provokasyon arasında büyük bir orantısızlık söz konusu olmadığı hallerde saldırıdan kaçarak kurtulabiliyorsa artık meşru savunmadan bahsedilemeyecektir⁴⁴. Saldırıya uğrayanın, esasında saldırgana zarar vermek kastıyla hareket ettiği ancak savunma eylemini meşru kılmak ve dolayısıyla vereceği zarara rağmen meşru savunmanın vereceği cezazımsızlık korumasından faydalanmak amacıyla gerçekleştirdiği provokasyon durumlarında ise artık meşru savunma hali hiçbir durumda söz konusu değildir⁴⁵.

3. Değerlendirme

Alman Ceza Kanunu düzenlemesine göre meşru savunma için aranan şart savunmanın gerekliliği olsa da hem savunma yapmanın gerekliliği hem de söz konusu savunmanın hukuken izin verilebilirliği kapsamında gerek seçilen araç ve söz konusu aracın kullanımı gerekse savunma hareketinin bizzat kendisi bakımından bir orantılılık aranmaktadır.

Söz konusu orantılılık savunmanın gerekliliği bağlamında saldırgana en az zararı verecek şekilde bir savunmayı zorunlu kılarken, hukuken izin verilebilirlik noktasında ise bazı durumlarda savunmanın hukuki değerler tartımı bağlamında uygunluğunu bazı durumlarda ise sosyal yaşam standartlarına uygunluğunu zorunlu kılmaktadır.

⁴⁰ Heinrich (n18) §14 kn. 381.

⁴¹ Garantörlük kaynakları için bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, (Seçkin, 2022), 203 vd; Fatih Yurtlu, "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı" 2021 (25) 3, AHBVÜ-HFD, 581, 603 vd.

⁴² Heinrich (n18) §14 kn. 381.

⁴³ Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 53.

⁴⁴ Roxin (n14) §15 kn. 63.

⁴⁵ Wessels, Beulke ve Satzger (n18) §10 kn. 533; Heinrich (n18) §14 kn. 372.

B. Türk Ceza Hukukunda Orantılılık

1. Orantılılıktan Anlaşılması Gereken

Orantı TDK Sözlükte⁴⁶ “aralarında orantı bulunan; mütenasip”, “bir orantıyla ilgili olan”, “birbirine bağlı olan ve biri artarken ötekini azaldığı veya biri arttığında öteki de artan iki nicelik arasındaki bağıntı” şeklinde, orantılılık ise “orantılı olma durumu”⁴⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bizce de orantı karşılaştırmaya konu şeyler arasındaki nisaptır. Orantıdan bahsedilebilmesi için birden fazla hususun bulunması gerekir.

Meşru savunmada orantının bulunmasından anlaşılması gereken savunma hareketinin hangi yoğunlukta gerçekleştirilebileceğidir. Buna göre savunma hareketi saldırıyı yenecek ölçüde olmalıdır. Yani savunma saldırıyı def edebilecek nitelikte olmalı ve bunun ötesine geçmemelidir⁴⁸. Saldırıyı ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde olan her davranış bu kapsamda orantılıdır⁴⁹. Saldırı ile

⁴⁶ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31 Temmuz 2023.

⁴⁷ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31 Temmuz 2023.

⁴⁸ “b) Saldırı ile savunma arasında oran bulunması; yasal savunmanın uygulanması için savunmanın ‘saldırı ile orantılı biçimde’ olması, daha doğrusu saldırının ölçülü bir savunma ile uzaklaştırılması veya etkisizleştirilmesi gerekmektedir. Fail saldırıyı etkisiz hale getirirken, saldırı veya tecavüze karşı ölçülü bir savunma gerçekleştirdiği takdirde hukuka uygunluk nedeni olan yasal savunma hakkından yararlanacaktır. aa) Araçlar bakımından orantılılık; saldırganın saldırıda kullandığı araç ile savunma yapanın savunmada kullandığı araç arasında bir oran veya ölçü bulunmalıdır. Bu kural, saldırıyı yapanın elindeki aracın aynısının, kendini savunmak zorunda bulunan kişide bulunması olarak anlaşılmalıdır. Kendisine bıçakla saldıran kişiye karşı savunma yapanın tüfekle ve sopa ile kendini koruması mümkündür. Araçlar arasındaki oran durumu, özellikle aracın ölçülü olarak kullanılması bakımından göz önünde tutulmalıdır. bb) Hak ve korunan yararlar bakımından orantılılık; hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayarak öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda veya yarar bakımından oran bulunmadığı söylenebilir. c) Savunmanın saldırıya ve saldırana karşı yapılması; savunma hareketi mutlaka saldırıyı yapana karşı yapılmalıdır. Savunma saldırının bir sonucu olmalıdır. Saldırı ile savunma arasında nedensellik bağı (illiyet bağı) bulunmalıdır”. Yargıtay CGK, 1-841/440, 31.10.2017. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁴⁹ Öztürk ve Erdem (n1) 278; İçel (n1) 344; Demirbaş (n4) 317; Zafer (n1) 311; Özgenç (n4) 362 dn 497; Şahin (n2) 293; Şenses (n6) 405; Seydi Kaymaz, “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma ve Yaşam Hakkı”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. 1, (Beta 2014) 229, 230; Krey ve Esser (n20) §14 kn. 508; Topçu (n1) 540. “... Olaydan 1 yıl kadar önce maktulün kızı (A)’nun sanık (S)’in kardeşine kaçması sonucu iki aile arasında oluşan ihtilaf nedeniyle

savunmanın aynı olması yani eşit olması gerekmez⁵⁰. Nitekim orantılılık eşitlik olarak anlaşılamayacağından kanun koyucu da 25. maddede bilinçli bir şekilde eşitlikten bahsetmemiştir. Bunun yerine orantılılığı kullanmıştır⁵¹. Aslında saldırıyı def edecek davranışın bu ölçünün ötesine geçtiği durumlarda da saldırıyı ortadan kaldıracaktır. Fakat bu savunmanın orantılı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla saldırıyı ortadan kaldıran her hareket değil; saldırıyı ortadan kaldıracak ölçüde gerçekleştirilen hareketler orantılı kabul edilmelidir⁵². Meşru savunmanın ölç almayı haklı kılacak şekilde yorumlanması kabul edilemez⁵³. Sınırın saldırıyı “def etme yeterliliğinden” çizilmesi gerekir⁵⁴.

Saldırı ile savunma arasındaki orantının belirlenmesinde kanunumuz “*o anda hal ve koşullara göre*” demek suretiyle genel geçer bir orantılılık kriteri konmasını da kabul etmemiştir. Bu sebeple orantılılığın varlığını belirlemek için birtakım kriterlere dayanılacaksa da somut olayın koşullarına göre bu kriterlerin değişiklik göstermesi de muhtemeldir. Yani orantılılık, kanun koyucu bakımından mutlak bir eşitlik şeklinde kabul edilmemiştir. Dolayısıyla meşru savunmadaki orantılılık bir eşitlik değerlendirmesi değildir. Aksi yönde yapılacak bir değerlendirme TCK m. 25/1 ile uyumlu olmayacaktır. Orantılılık göreceli bir durumdur. Her olayın kendi koşullarında orantı farklı olabilir. Ayrıca orantı kanun koyucu tarafından mutlak olarak da aranmamıştır. Yani meşru savunmada mutlak bir

maktulün sopayla sanık (S)’e saldırdığı olayda, önce sanık (S)’in falçata ile maktule varmaya başlaması üzerine maktulün oğlu olan diğer sanık (E)’in bıçakla (S)’e vurduğu, bu sırada (S)’in (E)’i bıçakla yaraladığı, sanık (S)’in olaydan sonra sığacağı sığacağına alınan ifadesi, tanıklar (M.Y) ve (U.K)’in beyanları ile sabit olduğundan; A) Sanık (E)’in babasına karşı mevcut bıçaklı saldırıyı defetmek için bıçakla (S)’e vurduğu nazara alınarak hakkında yasal savunma hükümlerinin uygulanıp beraati yerine, yaralamadan yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi” Yargıtay 1 CD, 1709/274006, 10.2007. Karar için bkz. Şahin (n1) 310.

⁵⁰ Yüce (n1) 259; Aynı yöne bkz. Kartal (n1) 58.

⁵¹ Bozdağ (n1) 133

⁵² Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1081; Özgenç (n4) 363; Hafizoğulları ve Özen (n5) 221; Kaymaz (n48) 230. *İçel* ise saldırıyı püskürtecek her davranışın fakat “gerekli olması” halinde orantılı olacağını ileri sürmektedir. İçel (n1) 343.

⁵³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 316; Yüce (n1) 260; Hafizoğulları ve Özen (n5) 220; Bozdağ (n1) 133; Dülger (n1) 499; Saman (n4) 298; Krey ve Esser (n20) §14 kn. 508. Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir. Yargıtay CGK, 201/81, 31.03.2009; Yargıtay CGK, 281/37, 26.02.2008; Yargıtay CGK, 1557/233, 06.05.2014; Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁵⁴ Nitekim keyfiyet madde gerekçesinde de benzer şekilde açıklanmaktadır: Savunmanın “saldırı ile orantılı biçimde” olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

orantı yoktur. Aşağıda daha detaylı üzerinde durulacağı üzere daha hafif bir hukuksal değer korunması adına daha üst bir yararın ihlal edilmesi mümkün olabilir. Benzer şekilde daha etkili bir savunma aracına başvurulması da meşru savunma kapsamında orantılı olabilir.

Saldırıyı def edecek ölçünün ötesine geçen hareketler ise orantısız olduğundan hukuka aykırı olacaktır⁵⁵. Zira meşru savunmanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin temelinde “haksız saldırının ortadan kaldırılması” düşüncesi yatmaktadır⁵⁶. Bu sebeple haksız saldırının ortadan kaldırılmasına yetecek ölçünün ötesine geçilmesini hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda fail hakkında TCK m. 27 hükümleri ve dolayısıyla da failin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir⁵⁷. Ancak TCK m. 27/2 söz konusu olduğu hallerde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini de belirtmek gerekir.

2. Orantılılıkta Kullanılacak Kriterler

Saldırı ile savunma arasında ölçülülük belirlenirken kanun koyucunun da kabul ettiği üzere somut olayın koşulları içerisinde bir değerlendirme yapılacaktır. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TCK m. 25/1’de “*o anda hal ve koşullara göre*” bir ölçülülük değerlendirmesi yapılacaktır⁵⁸.

⁵⁵ Dönmez ve Erman (n1) 117; İçel (n1) 345; Özgenç (n4) 363; Koca ve Üzülmüş (n4) 282; Dülger (n1) 508; Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 9; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, Saliger (n19) §32 kn. 94; YARGITAY CGK, E 2011/436, K 2012/190, T 8.5.2012, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁵⁶ İçel (n1) 343; Bozdağ (n1) 132; H. Sefa Eryıldız, “Alman Ceza Hukuku’nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması”, (2016) 31 CHD 93, 98.

⁵⁷ Özen (n6) 121; Ersan (n6) 42 vd; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 515; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Eryıldız (n55) 98. “Somut olayda saldırının tekrarlanabileceği kabul edildiği takdirde, saldırı ve savunmaya ilişkin diğer koşulların bulunduğu kabul edilebilir ise de, “gerçekleştirilen savunma, maruz kalınan tecavüzü defedecek ölçüde olması” yani “saldırı ile savunma arasında oran bulunması” koşulu gerçekleşmediğinden yasal savunma koşullarının oluştuğundan bahsedilemez. Zira, maktûlün, kendisinin ve arkadaşının vücut dokunulmazlığına yönelik saldırısı karşısında, saniğin savunma hakkının doğduğunun kabulü olanaklı ise de; saniğin maktûlün elinde bulunan bıçağı aldıktan sonra silahsız ve bir anlamda savunmasız kaldığı anlaşılan maktûl ve mağdurlara bıçakla vurması eyleminde, savunma ile saldırı arasındaki dengenin savunma lehine bozulmuş olduğu, dolayısıyla da ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması nedenine dayalı olarak yasal savunma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir.” Yargıtay CGK, 170/182, 5.10.2010. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁵⁸ Alman doktrininde de değerlendirmenin olay anındaki koşullara göre yapılacağı belirtilmektedir. Bkz: Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 10; Erb ve Schäfer (n19) §32 kn. 130; Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 34.

TCK m. 25/1’de orantı değerlendirmesinin nasıl yapılacağı hususu “saldırı ile orantılı” şeklinde ifade edilerek, savunma ile saldırı arasında bir oranın aranacağı ortaya konmuştur. Buna göre orantılı olması gereken nokta savunmadır. Yani failin savunma hareketinin saldırı hareketine olan nispeti meşru savunmanın orantılılığını oluşturacaktır⁵⁹. Orantının varlığı somut olayın koşulları içerisinde yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken de saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile saldırının yöneldiği hukuksal değer ve savunmanın yöneldiği hukuksal değer arasında bir denge aranacaktır⁶⁰. Yine savunmada kullanılan aracın kullanılış şekli de orantılılığın belirlenmesinde bir kriterdir⁶¹. Ancak bu denge mutlak bir eşitlik değildir⁶². Nitekim araçlar arası veya hukuksal değerler arasında dengesizlik olması tek başına meşru savunmayı orantısız kılmayacaktır⁶³. İlave olarak failin seçtiği savunma yöntemi de orantılılığı belirleyici bir kriterdir. Failin içinde bulunduğu ruhsal ve fiziksel özellikler de orantılılığın belirlenmesinde rol oynamaktadır. Zira kendisinden beklenemeyen bir savunma hareketini gerçekleştirmediği için failin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

⁵⁹ Doktrinde *Yıldız*, saldırı ile savunma arasındaki orantının düzenlenmesini eksik bulmaktadır. Yazara göre kanun koyucunun saldırı ile savunmada kullanılan araçlar, korunan hukuksal değerler ve saldırının konusunun da orantılılıkta dikkate alınacağı için kanunda açık düzenleme yapması gerekirdi. Ali Kemal Yıldız, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, (İstanbul Barosu Yayınları 2007) 51.

⁶⁰ Demirbaş (n4) 317; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317; Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)312; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1081; Ersan (n6) 44-45; Dülger (n1) 508; Şahin (n2) 322; Yıldız (n58) 51; Şenses (n6) 405. Doktrinde *Bozdağ* ise orantılılığın aranacağı hususları savunma fiilinde ve haklarda aramaktadır. *Bozdağ* (n1) 133 vd. Ancak bu değerlendirmeyi isabetli bulmadığımızı belirtmek isteriz. Savunma fiilinin orantılı olması zaten meşru savunmayı orantılı kabul etmemizi sağlar. Bu orantılılık ise savunma fiilinde kullanılan araçlar, araçların kullanılış biçimi, failin ruhsal durumu, saldırganın ve failin fiziksel özellikleri ve yönelinen haklar bakımından yapılacak bir değerlendirme sonucu belirlenecektir.

⁶¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 516; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317; Ersan (n6) 45; Dülger (n1) 508; Şenses (n6) 405. “Taksi ücretini eksik vermek isteyen maktul ve arkadaşlarının, bunu kabul etmeyen sanığın vücut bütünlüğüne yönelik olarak saldırıda bulunmaları karşısında, kendisini savunma hakkı doğan sanığın, Ömer’e karşı yaptığı gibi kendisine bıçakla saldıran maktule yönelik olarak da vücuduna hedef almaksızın maktulün bulunduğu yöne doğru ateş ederek saldırıyı bertaraf etmesi mümkün iken, yakın mesafeden ateş ederek maktulü göğsünden vurarak öldürmesi eyleminde, saldırı ve savunmaya ilişkin diğer şartların bulunduğu şüphe bulunmamakta ise de, “gerçekleştirilen savunmanın, maruz kalınan tecavüzü bertaraf edecek ölçüde olması” yani “saldırı ile savunma arasında oran bulunması” şartı gerçekleşmediğinden meşru savunmanın şartlarının oluştuğundan söz edilemez.” Yargıtay CGK, 1557/233, 06.05.2014. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁶² Erem (n6) 35; Ersan (n6) 45; Şahin (n2) 322; Şenses (n6) 405.

⁶³ Koca ve Üzülmöz (n4) 283.

Saldırıda ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde kullanılan savunma hareketinin orantılı sayılabilmesi için savunma hareketine başvuran failin istediği araca başvurmaması gerekir. Savunma yapan fail, savunma bakımından gerekli olan ve en ölçülü aracı tercih etmelidir⁶⁴. Buradan hareketle ifade etmeliyiz ki savunma ile saldırının orantılılığının belirlenmesinde kullanılan araçlar ölçülülük açısından önemli bir kriterdir.

Savunma hareketinde fail bir başkasına karşı güç kullanmaktadır. Kullanılan güç belirli bir amaca hizmet ettiği ölçüde hukuka uygun kabul edilebilir. O da haksız bir saldırının def edilmesi amacıdır. Bu sebeple haksız bir saldırıyı def etmek için gerekli olan ve saldırıyı def edecek ölçüde olan savunma hareketi orantılı olacaktır. Hukuksal bir değer korunması amacıyla hizmet etmeyen savunma hareketleri hukuken izin verilen bir hareket olarak kabul edilemez⁶⁵.

a. Araç ve Aracın Kullanılması Bakımından Orantılılık

Saldırıda kullanılan araç ile savunmada kullanılan araç arasında mutlak bir eşitlik aranabilir mi? Doktrinde ateşli silahla gerçekleştirilen bir saldırıya karşı ateşli silahla savunmada bulunulmasının orantılı olduğu ileri sürülmüştür⁶⁶. Araçlar arasında bu gibi eşitliğin bulunduğu durumlarda orantılılık var kabul edilebilir. Ateşli silahların özellikleri dikkate alındığında mutlak bir eşitliğin her zaman olmayacağını da söylemek gerekir⁶⁷. Örneğin ateşli silah bir av tüfeği mahiyetinde olabileceği gibi otomatik bir silah da olabilir. Yine ateşli silahın menzili arasında da farklılıklar olabilir. Bu sebeple meşru savunmaya ilişkin bir vakada ateşli silahların mutlak eşitliği aranmamalıdır.

Ateşli silahla saldıran bir kimseye karşı TCK m. 6 bağlamında silah sayılan başka bir araçla (bıçak, sopa vb) savunmada bulunulması mümkündür. Aynı şekilde bıçakla veya sopayla saldıran bir kimseye karşı da ateşli silahla savunmada bulunulması mümkündür. İlk olasılıkta ateşli silah yaralama veya öldürme etkisi bakımından savunmada kullanılan araçlardan üstün olduğundan orantılılık vardır. İkinci olasılıkta ise savunmada kullanılan araç saldırıda kullanılan araca göre

⁶⁴ Öztürk ve Erdem (n1) 278; Şahin (n2) 322.

⁶⁵ İçel (n1) 344; Koca ve Üzülmöz (n4) 277.

⁶⁶ Öztürk ve Erdem (n1) 279; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 516; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317. *İçel* ise araçlar arasında bir dengenin bulunması gerektiğine işaret etmektedir. İçel (n1) 345; Aynı yönde bkz. Erem (n6) 35.

⁶⁷ İçel (n1) 345; Koca ve Üzülmöz (n4) 283; Demirbaş (n4) 317; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 517; Dülger (n1) 509; Ersan (n6) 45; Demirci (n4) 81; Şenses (n6) 405; Topçu (n1) 549; Apaydın (n1) 100.

daha etkilidir. Bu gibi durumlarda doğrudan sadece aracı dikkate alarak orantılılığın bulunmadığını söylemek doğru olmayacaktır⁶⁸. Zira fail, saldırganın elindeki aracın aynısı ile savunmada bulunmaya mecbur tutulamaz⁶⁹. Yani orantılılığı sağlayacak husus saldırı ile savunma aracının aynı olması değildir⁷⁰. Nitekim boksör bir kimsenin yumrukla saldırısını, cılız bir kimse bıçakla veya ateşli silahla def edebilir⁷¹. Burada sadece araç üzerinden hareket ederek orantılılık yoktur diyemeyiz. Orantılılığı tespit edebilmek için harekete ilişkin de değerlendirme yapmak durumundayız⁷². Yani failin savunmada kullandığı aracı kullanım biçimi de orantılılığı belirleyecektir⁷³. Saldırganı korkutmak amacıyla silahın ateşlenmesinin savunma bakımından yeterli olduğu durumda, failin saldırganı yaralaması veya öldürmesi halinde orantılılık bulunmamaktadır. Burada kullanılan araçtan ziyade aracın kullanılış biçimi ölçüsüzlüğe sebebiyet vermektedir. Failin savunmada kullandığı aracı daha ölçülü bir şekilde kullanma imkanının varlığı da savunmayı

⁶⁸ Erem (n6) 35; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 517; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bs. Yetkin 2014) 388.

⁶⁹ Dönmezer ve Erman (n1) 118; İçel (n1) 345; Erem (n6) 35; Ersan (n6) 45; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Şahin (n2) 322; Şenses (n6) 405; Özgenç, "Orantılılık" (n1) 253.

⁷⁰ Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)312; Ersan (n6) 45; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Demirci (n4) 81; Şahin (n2) 322.

⁷¹ Örnek için bkz. Dönmezer ve Erman (n1) 118; Öztürk ve Erdem (n1) 279. Aynı yönde bkz. İçel (n1) 346; Demirbaş (n4) 317; Zafer (n1) 311; Dülger (n1) 510; Akbulut (n1)491. Fiziki kuvvet kullanarak ırzına geçmeye kalkan bir erkeğin bıçak veya silah kullanarak uzaklaştırılması halinde her ne kadar konu ve araç bakımından orantısızlık bulunsa da somut olayın koşulları içerisinde savunma hareketinin saldırıyı def edecek ölçüde yapıldığı tespit edilebiliyorsa savunma meşrudur. Örnek ve değerlendirme için bkz. Koca ve Üzülmöz (n4) 283. *Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır* ise yumruğa karşı silah kullanmanın istisnai haller dışında ölçüsüz olduğu görüşündedir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 515. Benzer yönde bkz. Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Demirci (n4) 81.

⁷² Benzer yönde bkz. Öztürk ve Erdem (n1) 279; İçel (n1) 345; Zafer (n1) 311; Soyaslan (n67) 388; Özgenç, "Orantılılık" (n1) 253; Topçu (n1) 549.

⁷³ Erem (n6) 35; Önder (n2) 246; İçel (n1) 345; Koca ve Üzülmöz (n4) 284; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 517; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)313; Eryıldız (n55) 98; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Bozdağ (n1) 134; Dülger (n1) 510; Demirci (n4) 82; Özgenç, "Orantılılık", (n1) 254. "Ancak sanığın cebinden çıkardığı çakı bıçağı ile, kendisine saldıran mağduru yaralamaya yönelik olarak hayati bölgeleri dışında, örneğin bacaklarına doğru vurarak saldırıyı defetmesi mümkün iken mağdurun göğüs bölgesine doğru rastgele çakı bıçağını sallaması sonucu mağduru göğüs boşluğuna nafiz ve akciğer yaralanması oluşturacak şekilde yaralaması eyleminde, saldırı ve savunmaya ilişkin diğer şartların bulunduğu şüphe bulunmamakta ise de, "gerçekleştirilen savunmanın, maruz kalınan tecavüzü defedecek ölçüde olması" yani "saldırı ile savunma arasında oran bulunması" şartı gerçekleşmediğinden, meşru savunmanın şartlarının olduğundan söz edilemez." Yargıtay CGK, 1286/264, 28.05.2013. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

ölçüsüz kılacaktır. Saldırı ve savunmada aynı aracın kullanılması halinde görünüşte bir orantılılıktan bahsedebilir. Fakat araçların kullanımı nedeniyle savunma orantısız olabilir⁷⁴. Bu sebeple somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapmak gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında herhangi bir ateşli silahı veya bıçağı olmayan ve cinsel özgürlüğüne yönelik saldırıyı ateşli silahla def eden failin hareketini meşru savunma kapsamında kabul etmiştir:

“Katılan sanık L...’nın da H...’den başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan cinsel davranışlar şeklindeki haksız saldırıyı, o andaki hal ve şartlara göre kilerin içindeki çuvalların arasında bulunan ve içerisinde iki adet mermi olan tabancayla bitişik atış mesafesinden yalnızca bir kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalışması karşısında, katılan sanık L...’nin kendisini başka türlü savunmasının imkansız olduğu, saldırının bir sonucu olan ve saldırganı karşı gerçekleştirilen fiilde meşru müdafaa şartlarının bulunduğu kabulü gerekmektedir”⁷⁵

Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında herhangi bir silah veya kesici-delici alet olmaksızın saldıran iki kişiye karşı savunma hareketini bıçakla yapan faili meşru savunmadan yararlandırmamıştır. Daireye göre mağdurların silahsız olması karşısında bıçak kullanıldığından meşru savunmanın şartları oluşmamıştır⁷⁶. Dairenin bu kararı, “bıçak kullanılmasını” orantılılığın tespitinde tek kriter olarak kullanması nedeniyle isabetsizdir.

Kullanılan araç bakımından oranın aranması saldırıda kullanılan aracın aynısı ile savunmanın gerçekleştirilmesini gerektirmez⁷⁷. Bazı hallerde failin savunmada

⁷⁴ Önder (n2) 246; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)313; Ersan (n6) 44; Kaymaz (n48) 231; Topçu (n1) 549; Apaydın (n1) 100. Yargıtay CGK, 1557/233, 6.5.2014. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁷⁵ Yargıtay CGK, 572/2. Karar için bkz. Kartal (n1) 107. Aksi yönde bkz. “Somut olayda saldırıya ve savunmaya ilişkin diğer koşulların bulunmasına karşılık, “gerçekleştirilen savunma hareketinin, maruz kalınan tecavüzü defedecek ölçüde olması, yani saldırı ile savunma arasında oran bulunması” koşulu gerçekleşmediğinden meşru müdafaa şartlarının oluştuğundan bahsedilemez. Zira, maktulün irza yönelik saldırısı karşısında, sanığın kendisini ve yanındakileri savunma hakkının doğduğu kabul edilmeli ise de; sanığın doğrudan göğüs bölgesine ateş etmek suretiyle maktulü öldürmesi eyleminde, savunma ile saldırı arasındaki dengenin savunma lehine bozulmuş olduğu, dolayısıyla da ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması nedenine dayalı olarak her iki Yasa açısından da meşru müdafaa koşullarının bulunmadığı söylenebilir.”, Yargıtay CGK, 281/37, 26.02.2008. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁷⁶ Yargıtay 1 CD, 5651/6283, 14.11.2013. Karar için bkz. Apaydın (n1) 101.

⁷⁷ Hakeri (n2)312; Dülger (n1) 510.

kullanabileceği tek bir araç olabilir. Bu durumda araçlar arası orantısızlık meşru savunmanın bulunmadığı yönünde değerlendirmeye cevaz vermez⁷⁸. Benzer şekilde savunmada kullanılan araç daha etkili bir araç olmasına rağmen saldırgana en az zarar verecek şekilde kullanılmak suretiyle savunma hareketi gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda araçlar arası orantısızlık savunmayı orantısız kılmayacaktır⁷⁹.

b. Savunma Hareketinin Seçimi veya Savunma Yönteminin Belirlenmesi Bakımından Orantılılık

Saldırıya karşı failin birden fazla savunma imkanının olduğu durumlarda saldırgana karşı en az zararı verecek olan savunmanın tercih edilmesi gerekir⁸⁰. Yani savunma yönteminin tercihi de orantılılığın belirlenmesinde bir kriterdir. Zira saldırganı en az tehlikeye atacak bir savunmanın tercih edilmemiş olması nedeniyle gerçekleştirilen savunma hareketi, saldırıyı def edecek ölçünün ötesindedir⁸¹. Bu sebeple saldırganın en az zarar göreceği savunma hareketinin seçilmesi gerekir⁸². Aksi halde saldırganın yaralanması ile veya hürriyetinin kısıtlanması ile def edilebilecek bir saldırı, saldırganın öldürülmesi ile def edilebilir. Bu durumda da meşru savunmanın varlığının kabul edilmesi sonucu ortaya çıkar. Böyle bir sonucun kabul edilemez olduğu izahtan varestedir⁸³. Failin seçmiş olduğu savunma yönteminin, o anki hal ve koşullar içerisinde en az zarar verici veya en az tehlikeye atıcı olması halinde orantılılık vardır. Buna karşılık saldırgana daha az zarar verici veya tehlikeye atıcı savunma yönteminin benimsenmemiş olması halinde meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olacaktır. Bu ihtimalde failin durumu TCK m. 27 bağlamında değerlendirilecektir.

Failin savunmada kullanmış olduğu aracın seçimi de bu noktada önem arz eder⁸⁴. Zira ateşli silahların savunmada seçilmiş olması yaşam hakkını tehdit eder

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317; Dülger (n1) 510.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. Apaydın (n1) 100.

⁸⁰ Öztürk ve Erdem (n1) 279; İçel (n1) 346; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)314; Dülger (n1) 510; Erdem (n9) 990; Kaymaz (n48) 230.

⁸¹ İçel (n1) 345; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2)314; Ersan (n6) 44; Kaymaz (n48) 230; Eryıldız (n55) 98; Şenses (n6) 405; Erb ve Schäfer (n19) §32 kn. 129; Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 36; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, Saliger (n19) §32 kn. 91.

⁸² Önder (n2) 246; Kaymaz (n48) 230.

⁸³ Yargıtay CGK, 1286/264, 28.5.2013; Yargıtay CGK, 1557/233, 6.5.2014. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁸⁴ Erb ve Schäfer (n19) §32 kn. 129; Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 36; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, Saliger (n19) §32 kn. 91.

niteliktedir⁸⁵. Bu sebeple failin saldırıyı başka bir araçla def etme imkânı varken ateşli silahı seçmiş olması da ölçülülüğü ihlal edebilir⁸⁶. Dolayısıyla somut olayın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle failin araç seçiminin ölçülülük bakımından değerlendirilmesi gerekir.

c. Failin Fiziksel Özellikleri ve Ruhsal Durumu Bakımından Orantılık

Savunma bakımından orantılılığı belirleyen bir diğer kriter ise failin içinde bulunduğu ruhsal durumudur⁸⁷. Buna göre saldırı altında bulunan sanığın o anki ruhsal durumuna göre kendisinden beklenen hareketi yapıp yapmadığının tespit edilmesi gerekir. İçinde bulunduğu durum itibarıyla farklı bir savunma hareketi failden beklenemiyorsa artık meşru savunmanın varlığı kabul edilmelidir.

Orantılı bir savunma ancak savunmada bulunanın imkanları dahilinde mümkündür. Bu sebeple failin orantılı davranma imkanının varlığı halinde kendisinden orantılı savunma bekleneyecektir⁸⁸. Dolayısıyla somut olayın koşulları içerisinde orantılı savunma imkanının varlığının da araştırılması gerekir.

Doktrinde haklı olarak tarafların fiziksel durumlarının da değerlendirmede dikkate alınacağı belirtilmektedir⁸⁹. Buna göre fail ile saldırganın fiziksel durumları, kullanılan aracı kullanma becerileri⁹⁰ gibi hususlar ölçülülük bakımından belirleyicidir. Örneğin fiziksel durumu oldukça zayıf olan (yaşlılık, hastalık veya yaş küçüklüğünden ileri gelebilir) failin kendisine karşı fiziki bir saldırıda bulunan saldırgana karşı savunma amaçlı olarak ateşli silah veya bıçak kullanması orantısızlık oluşturmayacaktır⁹¹. Dikkate edilmesi gereken nokta kullanılan aracın ölçülü kullanıp kullanılmadığıdır.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında fail ile saldırganın boy, kilo ve yaş durumlarını da orantılılığın değerlendirilmesinde dikkate almış ve yaşça küçük ve fiziken zayıf olan failin eylemini orantılı kabul etmiştir⁹².

⁸⁵ Hakeri (n2)314.

⁸⁶ Ersan (n6) 44.

⁸⁷ Demirbaş (n4) 318; Ersan (n6) 45; Dülger (n1) 510. Tarafların özelliklerinin dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Demirci (n4) 82.

⁸⁸ Bozdağ (n1) 134; Dülger (n1) 509.

⁸⁹ Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Ersan (n6) 45; Dülger (n1) 510; Demirci (n4) 82; Saman (n4) 305; Topçu (n1) 553.

⁹⁰ Hafizoğulları ve Özen (n5) 221; Demirci (n4) 82; Topçu (n1) 553.

⁹¹ Şahin (n2) 323.

⁹² "Sanıklar A ve B'nin çalıştıkları iş yerine daha önce tartışmaları nedeniyle gelen üç sanığın ellerinde bıçaklarla gelip tartışarak tarafların birbirlerine girdikleri, sanıklar A ve B'nin de

Doktrinde orantılılığın belirlenmesinde objektif üçüncü kişinin gözünden bakılması gerektiği ancak failin saldırı veya saldırgana ilişkin özel bir bilgisi varsa bunun da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁹³. Bu kapsamda failin kolluk görevlisi veya dövüş sporlarında usta birisi olmasının değerlendirmede dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁹⁴. Bu görüşe kısmen katıldığımızı belirtmek isteriz. Bize göre meşru savunmada kanun koyucu orantılılığı somut olayın koşullarında aramaktadır. Böyle olunca her somut olayın koşulları ve dolayısıyla da tarafları farklılık gösterecektir. Bu sebeple objektif bir değerlendirme yerine somut olayın koşulları içerisinde tarafların özelliklerini de dikkate alan bir değerlendirme isabetli olacaktır. Aksi kabul kendi içinde çelişki doğurmaktadır.

d. Hukuksal Değerler Açısından Orantılılık

Doktrinde saldırının yöneldiği hukuksal değer ile savunmanın yöneldiği hukuksal değere ilişkin açıklamalar yapılırken konu bakımından orantılılık incelemesi yapılmaktadır⁹⁵. Ancak gerek açıklamalar gerekse verilen örnekler konu bakımından olmayıp aksine saldırı ve savunma hareketlerinin yöneldiği hukuksal değerlerdir⁹⁶. Bu sebeple biz incelemede konu yerine hukuksal değer üzerinden değerlendirme yapmayı tercih ediyoruz.

Savunma hareketinin ihlal ettiği hukuksal değer ile savunma hareketinin koruduğu hukuksal değer arasında bir orantılılık aranabilir mi? Yani haksız saldırının yöneldiği hukuksal değer ile savunma hareketinin yöneldiği hukuksal değerler arasında orantı bulunmalı mı? Savunulan değer ile savunmak suretiyle ihlal edilen değerlerin aynı olması beklenemez⁹⁷. Saldırıya uğradığı için korunan hukuksal

kendilerini savunmak için saldırdıkları olayda karşı sanıklardan birinin ölüm değerinin de yaralandığı olayda, B'nin yaşının küçük, A'nın 1.75 cm boyunda 75 kg ağırlığında olması buna karşılık diğer taraftaki maktulün 1.70- 1.75 boyunda 90-95 kg ağırlığında ve suç ortağının 1.90 boyunda 85-90 cm boyunda olması, ellerinde de bıçak olması dikkate alındığında sanıkların meşru savunma sınırında olduklarından sanıklar hakkında TCK 25/1 ve CMK 223/2-d maddeleri gereğince beraatlerine...". Yargıtay 1 CD, 9114/694, 30.1.2013. Karar için bkz. Demirci (n4) 83. Fiziksel özellikler gereği orantının bulunmadığı yönündeki karar için bkz. Yargıtay CGK, 436/190, 8.5.2012. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

⁹³ Önder (n2) 246; Kartal (n1) 65.

⁹⁴ Kartal (n1) 65.

⁹⁵ Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1081; Dülger (n1) 508.

⁹⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 517; Öztürk ve Erdem (n1) 278; Hakeri (n2) 316; Ersan (n6) 46.

⁹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Ersan (n6) 46; Bozdağ (n1) 135. *Hakeri'*ye göre zorunluluk halinden farklı olarak meşru savunmada haksız bir saldırı söz konusu olduğundan oran bulunması aranmayacaktır. Hakeri (n2) 316; Benzer yönde bkz. Özgenç (n4) 363 dn 501.

değer ile savunma yoluyla ihlal edilen hukuksal değer arasında oran aranması birçok konuda meşru savunmanın uygulanmasını engeller⁹⁸. Burada mutlak bir eşitlik aranmaz⁹⁹. Örneğin mutlak bir eşitlik arandığında, malvarlığına karşı yönelen saldırıların vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi suretiyle savunulması mümkün olmayacaktır¹⁰⁰. Benzer şekilde cinsel dokunulmazlık ile yaşam hakkı kıyaslandığında yaşam hakkının üstün olduğuna kuşku yoktur. Ancak kendisine karşı cinsel saldırıda bulunan bir saldırgana karşı failin saldırganı öldürmesi veya yaralaması meşru savunma kapsamında değerlendirilebilir¹⁰¹. Bu sebeple saldırı ile savunma arasında orantılılık aranırken korunmaya çalışılan hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında mutlak bir eşitlik aranmamalıdır. Haklar arasında makul bir dengenin olması yeterlidir¹⁰². Hukuksal değerlerin, orantılılığın belirlenmesinde tek başına bir kriter olarak kullanılmaması gerekir. Bu gibi durumlarda önceden bir ölçüt koymak yerine somut olayın özellikleri bağlamında bütüncül bir değerlendirme yapmak daha isabetli olacaktır. Ayrıca hakların kıyaslanması yerine hakların korunuş biçiminin göz önünde bulundurulması gerekir. Yani değerlendirme yapılırken hakkın korunuş biçimi ön plana çıkarılmalıdır.

TCK m. 25/1'e baktığımız zaman hukuksal değerler arasında bir derecelendirme veya oranlama yapılmadığını görüyoruz. Bu sebeple korunan değer, ihlal

⁹⁸ Önder (n2) 246; Hakeri (n2) 316; Topçu (n1) 556; Apaydın (n1) 98.

⁹⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 519; Kartal (n1) 61. *Özbek, Doğan ve Bacaksız*, ise konu bakımından bir oran olması ancak eşitliğin aranmaması gerektiği görüşündedirler. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 317. Oran aranması gerektiği yönünde bkz. Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Ersan (n6) 46; Bozdağ (n1) 135; Demirci (n4) 77. *Dülger* korunmak istenen değer için eşit veya daha önemli olması gerektiği görüşündedir. Dülger (n1) 509. Bu değerlendirme TCK m. 25/1 düzenlemesi ile uyumsuz olduğundan bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Oranın aranmaması gerektiği yönünde bkz. Özgenç (n4) 363 dn 501.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Öztürk ve Erdem (n1) 278; Erdem (n9) 991; Apaydın (n1) 98. *Dönmerzer ve Erman* ise saldırıya uğrayan hak ile savunma suretiyle zarara uğratılan hak arasında bir oranın bulunması gerektiğini belirtmektedir. Ancak yazarlar bu orantının kesin bir şekilde aranmaması gerektiği görüşünü de ileri sürmektedirler. Sadece haklar arası bir karşılaştırmama yapmak yerine saldırı anında saldırıya uğrayan kişinin içinde bulunduğu durum da dikkate alınarak orantılılık çözümlenmelidir. Dönmezer ve Erman (n1) 118-119. Yazarlarla aynı yönde bkz. İçel (n1) 346; Erem (n6) 34; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 517; Topçu (n1) 551. Ancak son yazar orantılılığın esnek bir biçimde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰¹ Önder (n2) 246; Demirbaş (n4) 317; Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 303; Zafer (n1) 311; Hakeri (n2) 316. Dülger (n1) 509; Demirci (n4) 78; Şahin (n2) 324; Topçu (n1) 551; Apaydın (n1) 98.

¹⁰² *Özgenç* ise hukuksal değerler arasında bir oran aranmaması gerektiği kanaatindedir. Bu noktada saldırıyı def edecek kadar güç kullanılması ölçütüne dikkat çekmektedir. Özgenç (n4) 363 dn 501. Aynı yönde bkz. Önder (n2) 246. *Özen* ise savunma hareketi saldırıya uğrayan hakka göre çok üstün bir hakkı ihlal ederse meşru savunmada sınırın aşıldığı görüşündedir. Özen (n6) 123.

edilen değerden daha üstün olmasına gerek yoktur. Zira kanun koyucu orantılılığı korunan değer için daha üstün olmasına bağlamamıştır. Dolayısıyla daha düşük değerdeki bir hakkın korunması adına daha üstün bir değer ihlal edilmesi halinde de meşru savunmanın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰³.

Meşru savunmada saldırının yöneldiği hak ile savunmanın yöneldiği hak arasında orantılılığa ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; bir hakkın korunması için meşru savunmanın faydalı olup olmadığına bakılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'a göre; *"Hak ve korunan yararlar bakımından orantılılık; hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayanarak öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda veya yarar bakımından oran bulunmadığı söylenemez"*¹⁰⁴.

Saldırılan hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değerlerin aynı olması halinde orantılılığın varlığında bir sorun görünmemektedir. Ancak bazı hallerde aynı hukuksal değerler söz konusu olsa da ihlal edilen değer daha fazla zarar görmüş olabilir. Örneğin saldırganın faili basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamaya yöneldiği durumlarda failin saldırganı neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir şekilde yaralaması halinde orantılılıktan bahsedemeyiz¹⁰⁵.

Hukuksal değer üzerinden yapılan değerlendirmelerde değinilmesi gereken bir diğer husus ise malvarlığına karşı gerçekleştirilen saldırılarda meşru savunmanın mümkün olup olmadığı sorunudur. Mülga 765 sayılı TCK m. 49/2¹⁰⁶'de düzenlenen meşru savunmada saldırıya uğrayan haklar bakımından malvarlığı hakları sayılmamıştır¹⁰⁷. Ancak 461. maddede yağma, adam kaldırma ve binadaki kişilerin can

¹⁰³ Önder (n2) 246; Erdem (n9) 990.

¹⁰⁴ Yargıtay CGK, 841/440, 31.10.2017. Karar için bkz. Bozdağ (n1) 136.

¹⁰⁵ Zafer (n1) 311.

¹⁰⁶ Madde 49/2: -Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu fihhal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

¹⁰⁷ Yüce (n1) 257; Özen (n6) 95; Özgenç (n4) 362; Ersan (n6) 23; Demirci (n4) 14; Kaymaz (n48) 229; Şahin (n2) 289; Önder ise kanunda hakların sayılmasının sorunlu olduğunu, bunun yerine kanun maddesinde "hukukça korunan haklar" ifadesine yer verilmesi gerektiğini belirtmekte idi. Önder (n2) 242-243. Yazarın bu görüşü 5237 sayılı TCK m.25/1'de yer bulmuştur.

güvenliğine yönelik saldırılar¹⁰⁸ bakımından ve maddede getirilen ilave koşulların varlığı halinde malvarlığına karşı gerçekleştirilen saldırılarda da meşru savunma uygulanmaktaydı¹⁰⁹. 5237 sayılı TCK m. 25/1’de ise böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. Maddede “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka*¹¹⁰” demek suretiyle meşru savunmanın konusu olabilecek haklar bakımından mülga kanunda yer alan sınırlandırma kaldırılmıştır¹¹¹. Böylece malvarlığına ilişkin haklara yönelmiş olan saldırılara karşı da meşru savunmada bulunulması mümkün olup yukarıda da ifade ettiğimiz üzere korunan değerlerin malvarlığı olması tek başına saldırıyı ölçsüz kılmayacaktır¹¹². Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında malını korumak amacıyla havaya ateş eden sanığın (failin) fiilinin meşru savunma kapsamında kaldığını belirterek yerel mahkemenin sanık (fail) hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu bakımından kurulan mahkûmiyet hükmünü bozmuştur¹¹³.

¹⁰⁸ Önder (n2) 243; İçel (n1) 335; Demirbaş (n4) 314; Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 301; Ersan (n6) 23-24; Demirci (n4) 14; Şahin (n2) 289; Kaymaz (n48) 229.

¹⁰⁹ Madde 461 - Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1- 495, 496, 497, 499’uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

2- Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurup çıkarları veya duvarını delenleri veya kapusunu kıranları veyahut işbu mebani ve müstemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müstemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmek, dir

¹¹⁰ **Madde gerekçesi:** *Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmek istenilmiştir.*

Esasen, kanunlarımızda mala karşı saldırılarda da mala karşı saldırılarda da meşru savunmayı kabul eden hükümlere yer verilmiş olması kurumun bu şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

¹¹¹ Özgenç (n4) 362; Hakeri (n2) 295; Ersan (n6) 25; Hafizoğulları ve Özen (n5) 218; Bozdağ (n1) 135; Dülger (n1) 499; Demirci (n4) 15; Çetin (n4) 38; Saman (n4) 303; Şahin (n2) 292; Şenses (n6) 403; Erdem (n9) 989; Yıldız (n58) 50; Apaydın (n1) 67.

¹¹² Aynı yönde bkz. Hakeri (n2) 295; Ersan (n6) 25; Centel, Zafer ve Çakmut (n6) 301; Ersan (n6) 47-48; Çetin (n4) 38; Kaymaz (n48) 253; Zafer (n1) 308. Ancak son yazar zilyetliğe yönelik saldırıların def edilmesini Türk Medeni Kanunu m. 981 hükmü gereği hakkın kullanılması olarak kabul etmekte, diğer malvarlığı haklarının ise meşru savunmanın kapsamında olduğunu ileri sürmektedir. Zafer (n1) 309.

¹¹³ Yargıtay 4 CD, 33962/21772, 23.2.2015. Karar için bkz. İçel (n1) 336-337, dn.145; Benzer yönde bkz. “Sanık İbrahim Halil’in maktul Cihangir ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla

Doktrinde malvarlığı değerlerine karşı saldırı söz konusu olduğunda savunma hareketinin saldırganın ölümüne yol açması durumunda meşru savunmadan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre saldırı kişinin hayatını tehlikeye sokan bir özellik taşımadığı sürece malvarlığı değerlerinin bir kişinin hayatı pahasına korunacak bir değer değildir¹¹⁴. Kanaatimizce ölüm neticesini doğuracak bir savunma somut olayın koşulları içerisinde orantılı olabilir¹¹⁵. Bu sebeple olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirme yapmaksızın doğrudan orantılıdır veya orantısızdır şeklinde görüş belirtmek isabetli olmayacaktır. Nitekim gerek madde düzenlemesi gerekse madde gerekçesi ve mülga kanunda yer alan düzenlemeden ayrılma gerekçesi dikkate alındığında malvarlığına karşı değerlerin meşru savunmanın dışında tutulmasına yol açacak şekilde görüş belirtmek tutarlı olmayacaktır. Meri düzenleme itibarıyla malvarlığı değerleri de meşru savunma kapsamında korunmaya layık değerlerdir.

marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korunmak amacıyla, olay yerinden malları ile kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul Cihangir'in yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılınca, TCK'nın 25/1 ve CMK'nın 223/2-d maddeleri uyarınca sanık İbrahim Halil hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine kararı verilmesi gerekirken", Yarıyay 1 CD, 2791/5664, 10.10.2013. Karar için bkz. Karaaslan (n6) 513 dn. 200.

¹¹⁴ Koca ve Üzülmüş (n4) 283; Apaydın (n1) 69. aynı yönde bkz. Demirbaş (n4) 315; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 519; Hakeri (n2) 317, 322; Yerdelen ve Altuntaş Yıldız (n4) 1082; Şenses (n6) 405. *Dülger* ise kasten öldürmenin orantısız olduğu ve fakat kasten yaralamanın (TCK m.86) orantılı olduğu görüşündedir. *Dülger* (n1) 508. Yazara göre (s.509) mülkiyet hakkının korunması için yaşam hakkı hiçbir şart altında feda edilemez. *Demirci* ise malvarlığına yönelen saldırıyı suç tipine göre değerlendirmekte ve hırsızlık suçunda saldırganın öldürülmesini orantısız bulurken yağma suçunda orantılı bulmaktadır. *Demirci* (n4) 79. Yazarın bu ayrımı herhangi bir hukuki temele dayanmamaktadır. Aksi yönde bkz. *Yüce*, malvarlığı değerlerini savunmak için saldırganın öldürülebileceğini belirtmektedir. *Yüce* (n1) 259. *Özgenç* de aranması gereken ölçütün savunmanın, saldırıyı def edecek nitelikte olması olduğunu belirtmektedir. Bu ölçüye riayet edildikten sonra yağma fiilini gerçekleştiren saldırganı karşı yaralama ve hatta öldürme şeklinde gerçekleşen savunma meşru savunma kapsamında değerlendirilebilir. *Özgenç* (n4) 363 dn 501. Ancak *Kaymaz*, meşru savunmanın düzenleme itibarıyla bu kadar geniş tutulmasını isabetli bulmamaktadır. *Kaymaz* (n48) 253. Aksi yönde bkz. Erdem (n9) 995, 998. Yazar, "Yaşam hakkına ilişkin güvencenin, özel kişilerin bu hakka yönelik saldırıları devletin önlemek ve gerektiğinde cezalandırmak yükümlülüğünü de içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, dolaylı olarak anılan hakkın üçüncü kişilere de etkisinin bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle AİHS m.2'nin bireyler arasındaki ilişkide geçerli olmadığı gerekçesinin yerinde olmadığı" düşüncesindedir. Erdem (n9) 995. Aynı yönde görüş belirten *Kaymaz* ise mevcut düzenleme itibarıyla malvarlığı değerlerinin korunması bakımından kasten öldürmenin meşru savunma kapsamında olabileceğini belirtmekte (s.253) ancak bu durumun AİHS m. 2 ile uyumlu olmadığını ve bu sebeple TCK m. 25/1'in bir an önce değişmesi gerektiğini savunmaktadır. *Kaymaz* (n48) 266.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. *Özgenç*, "Orantılılık" (n1) 258.

Savunma hareketinin saldırıyı yapan kişiye yönelmesi gerekliliği de doktrinde orantılılık açısından aranmaktadır. Buna göre savunma hareketi haksız saldırıyı def etmek amacıyla gerçekleştirileceğinden savunma hareketinin de saldırının kaynağına yani saldırgana yönelmesi zorunludur. Aksi halde bir başkasına savunma hareketinin yönelmiş olması halinde meşru savunmadan bahsetmek mümkün değildir. Zira savunma hareketine maruz kalmış kişiden sadır olmuş haksız bir saldırı bulunmamaktadır. Haksız saldırı yoksa meşru savunmanın diğer koşullarının araştırılmasına gerek duyulmayacaktır. Ancak yanılma ve sapmaya ilişkin bir durum olduğunda keyfiyetin ilgili müesseseler mucibince değerlendirilmesi gerekir¹¹⁶.

3. Orantılılığın Değerlendirme Zamanı

Savunma hareketinin orantılı olup olmadığının belirlenmesi olay öncesi veya olay sonrasında göre yapıldığı takdirde hatalı sonuçlara varılacaktır. Bu sebeple failin olay anındaki koşullara göre orantılı davranıp davranmadığının tespit edilmesi gerekir¹¹⁷. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TCK m. 25/1’de “*o anda hal ve koşullara göre*” orantılılığın aranacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple olay sonrası bir bakış açısıyla failin daha az zarar verici hareketi veya aracı seçmediğinden bahisle ceza sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. Zira olay sonrasında verdiği dinginlikle yapılan değerlendirme ile olay anında yapılacak değerlendirme aynı olmayacaktır. Benzer şekilde olay öncesi değerlendirme de bizi hatalı sonuca götürecektir. Zira olay öncesi yapılacak bir değerlendirme aynı zamanda meşru savunmanın gerekliliğini de tartışmaya açacağından orantılılığın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Olayın başlangıcı ve devamı sırasındaki koşullar bu bakımdan önem arz etmektedir. Olayın kendi koşulları içerisinde yapılacak değerlendirmeye göre savunmada kullanılacak aracın, savunma yönteminin seçimi ile savunmada kullanılan aracın kullanılış biçiminin orantılı olup olmadığının ortaya konması gerekir.

Orantılılık mutlak bir eşitlik olarak anlaşılmalıdır. Bu noktada eşit olmayan iki durumun orantılı olduğunun tespiti önem arz eder. Olayın kendi koşulları içerisinde bir değerlendirme yapılmak suretiyle bu tespit yapılmalıdır. Tespiti yapacak olan kişi hakimdir ve orantılılığı tespit etmek de hâkimin takdirindedir¹¹⁸. Saldırının sona ermesi halinde meydana gelecek netice ile savunma sonucu ortaya çıkan netice arasında bir

¹¹⁶ İçel (n1) 344; Dülger (n1) 507.

¹¹⁷ Lackner ve Kühl (n15) §32 kn. 10; Schönke ve Schröder (n16) §32 kn. 34; Baumann, Weber, Mitsch, Eisele (n21) §15 kn. 30; Erb ve Schäfer (n19) §32 kn. 130.

¹¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 520; Bozdağ (n1) 137.

denge olduğu sürece orantılılığın varlığı kabul edilmelidir. Bu değerlendirmede mese-
lenin manevi boyutunun da hesaba katılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre
cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı, saldırganın yaşam hakkının sonlanmasına ne-
den olacak bir savunma ile def edilmiş olduğundan manevi yön hesaba katılmazsa sa-
vunmanın orantılılığından bahsedilemez¹¹⁹. Savunma hareketi saldırıya uğrayan değeri
korumaya yönelik ve koruyacak ölçüde ise orantılılığın varlığı kabul edilmelidir. Sa-
vunma hareketinin orantılılığında her ne kadar objektif bir gözlem yapılması gerekirse
de failin sübjektif durumunun da dikkate alınmasında fayda vardır¹²⁰. Örneğin failin
çocuk olması, akli melekelerinin tam gelişmemiş olması gibi durumlarda objektif de-
ğerlendirme hatalı bir sonuç verecektir¹²¹. Saldırı karşısında kişilerin durumları değışe-
ceğinden herkesin aynı şekilde hareket etmesini beklemek mümkün değildir.

4. Orantılılığın Bulunmaması

Kanun koyucu meşru savunmada orantılılığı mutlak olarak aramamakta ve o anki hal ve koşullar içerisinde mümkün olan dengeyi aramaktadır. Bu sebeple her olay bazında failin meşru savunmada sınırı aşmış olduğunun da tespit edil-
mesi gerekmektedir. Meşru savunmada orantılılığın aşılması halinde artık hukuk
düzeninin koruduğu bir davranıştan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda
savunma hareketi hukuka aykırı olacaktır. Savunma hareketinin hukuka aykırı ol-
duğu durumlarda ise TCK m. 27/1'de düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinde
sınırın aşılması ve m.27/2'de düzenlenen meşru savunmada sınırın heyecan,
korku ve telaşla aşılmasına ilişkin hükümler gündeme gelecektir¹²².

Kullanılan araçlar arasındaki orantısızlıktan, korunmaya çalışılan hukuksal
değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasındaki orantısızlık veya saldırının def
edilmesine rağmen savunma hareketinin devam ettirilmesi ya da daha az bir za-
rarla saldırının def edilme imkânı varken daha ağır bir zarara yol açılması halinde
meşru savunmada sınır aşılmıştır¹²³.

¹¹⁹ Erem (n6) 35.

¹²⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n1) 516-517.

¹²¹ Aynı yönde bkz. Erem (n6) 36.

¹²² Ersan (n6) 43. Doktrinde *Bozdağ*, meşru savunmada sınırın aşılması halini incelerken sadece kasten aşma ve taksirle aşmayı ele almakta olup TCK m. 27/2 kapsamında bir değerlendirme yapmamaktadır. *Bozdağ* (n1) 136-137.

¹²³ Erem (n6) 36; Yüce (n1) 260; Demirci (n4) 92-93; Soyaslan (n67) 388-389. Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023. *Topçu*, savunma hareketini yapan failin yerine üçüncü bir kişiyi koymakta ve eğer savunmayı

Meşru savunmanın koşullarının bulunduğu ve fakat orantılılığın aşıldığı durumlarda TCK m. 27 hükümleri uygulanacaktır. Orantılılığın aşılması saldırıyı def edecek ölçütün ötesine geçilmesidir. Bu ölçütün ötesine heyecan korku veya telaş nedeniyle aşılmışsa bu durumda TCK m. 27/2 gündeme gelecek ve faile kusuru bulunmaması nedeniyle ceza verilmeyecektir¹²⁴. TCK m. 27/2 düzenlemesi bu yönüyle bir mazeret sebebidir.

Faile ceza verilmemesi sadece heyecan, korku veya telaş halinde değil bu durumun “mazur görülecek” nitelikte olması halinde mümkündür. Bu kapsamda saldırının boyutu, gerçekleştiği yer ve zaman gibi olayın özellikleri dikkate alınarak failin heyecan, korku ve telaşının mazur görülüp görülemeyeceğinin belirlenmesi gerekir¹²⁵.

daha az zararla yaparsa meşru savunmada oranın aşıldığını kabul etmektedir. Topçu (n1) 540. Bu yaklaşım failin ve saldırganın fiziksel özelliklerini, failin o andaki savunma imkanlarını göz ardı etmektedir. Dolayısıyla bu düşünce katılmamaktayız.

¹²⁴ Ünal (n1) 674. *Yüce* failin kusurunun bulunmamasını failde yer alan duyguların saldırganın hak-sız eyleminden kaynaklanmasına dayandırmaktadır. *Yüce* (n1) 260.

¹²⁵ Zafer (n1) 360; Ünal (n1) 684. “Kanun koyucu tarafından sadece meşru savunmaya ilişkin olarak kabul edilen ve anılan maddenin 2. fıkrasında düzenlenen mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelen nedenlerle sınırın aşılmasının olayda uygulanmasının söz konusu olup olmayacağına gelince; sanığın aralarında geçmişe dayalı husumet bulunan mağdurun kendisine saldı-rarak yere yatırması, vurmaya ve boğazını sıkmaya başlaması, mağdurun kardeşi Burak’ın da ayak-larından tutması nedeniyle tüm çabasına rağmen ellerinden kurtulamaması göz önüne alındığında, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulü zorunludur. Sanığın, maruz kaldığı saldırının etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecan-lanması, paniğe kapılması ve hatta korkması, bunun sonucunda da meşru savunma sınırını aşması hayatın olağan akışında beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCK’nun 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartları gerçekleşmiştir.” Yargıtay CGK, 1286/264, 28.05.2013. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; “... uzun yıllardır yaygın terör olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Böl-gesinde bulunan Siirt ilinde gerçekleşen yargılama konusu olayda sanığın ve yanında bulunan iki jandarma erinin maruz kaldığı ve ölüme yönelik sözlerle de desteklenen fiili saldırının ağırlığı, uyarı-lara karşın ısrarla ve artarak devam etmesi ile bölgenin özellikleri bir bütün olarak göz önüne alındı-ğında yasal savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulü zorunludur. Sanığın yaşanan olayın etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması bunun sonucunda da yasal savunma sınırını aşması beklenebi-lecek bir durum olup, somut olayda TCY’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşulları ger-çekleşmiştir.” Yargıtay CGK, 201/81, T 31.03.2009. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023; “... kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku, telaş ve şaş-kınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, meşru müdafada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir. Dolayısıyla, belirle-yici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira, kişi sırf maruz kal-dığı saldırının tesiriyle, “heyecan, korku ve paniğe” kapılarak meşru müdafaanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de, (velev ki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi) öfke ve gazap gibi nedenlerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydala-namayacaktır.” Yargıtay CGK, 281/37, 26.02.2008; Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

Sınırın TCK m. 27/2 bağlamında değil de kast veya taksirle aşılması halinde ise ilgili suçtan dolayı failin sorumluluğuna gidilecektir. Nitekim sınır kasten aşılmışsa fail meşru savunmadan yararlandırılmaksızın ilgili suçtan sorumlu tutulur¹²⁶. Bu durumda failin haksız tahrikten yararlanması ise mümkündür¹²⁷. Sınırın taksirle aşıldığı durumlarda ise failin sorumluluğu bakımından ilgili suçun

¹²⁶ “Savunmanın, meşru savunma şartlarında başladığı, ancak orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle meşru savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğine göre bu durumda, TCK’nun 27. maddesinde düzenlenen “sınırın aşılması”nın söz konusu olup olamayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Saniğin, mağdurun göğüs bölgesine doğru çakı bıçağını rastgele salladığı ve sınırın kastla aşıldığı sabit olduğuna göre, maddenin 1. fıkrasının olayda uygulanma şartlarının bulunmadığı açıktır.” Yargıtay CGK, 1286/264, 28.05.2013. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

“Görgü tanığı bulunmayan olay, saniğin aksi kanıtlanamayan savunmasına göre ışıkları yankılamakta olan bir okulun ve evlerin yakınında ve yol üzerinde meydana gelmiştir. Olay yerinin özellikleri de göz önüne alındığında, saniğin üzerinde taşıdığı bıçağı göstermesi ya da bir veya birkaç bıçak darbesi ile kurtulma olanağını değerlendirip, bu yollardan birisine başvurması gerekirken, kolunu tuttuğu sırada pantolonu ayaklarına düşmüş vaziyette bulunan, yürüyemeyen, geriye doğru gitmekte olan ve başka bir saldırıda da bulunmayan mağdura, üçü yaşamsal tehlikeye neden olacak ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaralanmayla sonuçlanan onbir bıçak darbesi vurması karşısında, eylemlerini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği ve eylemin saldırı ve savunmaya ilişkin diğer koşulları taşımasına karşın, saniğin gece yarısı, kendisinden otuz yaş büyük olan, fiziksel olarak güçlü olduğunu ve aralarında herhangi bir dostluk bulunmadığını beyan ettiği mağdurla, herhangi bir korku veya endişeye kapılmadan dışarı çıkması ve şehrin تنها bir bölgesine gitmesi ile kendisine yönelen, yalnızca sözde kalan ve devam etmeyen bir saldırı karşısındaki eylemlerinde; “gerçekleştirilen savunma hareketinin, maruz kalınan saldırıyı defedecek ölçüde olması” diğer bir anlatımla “saldırı ile savunma arasında oran bulunması” ve “sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi” koşulları gerçekleşmediğinden, meşru savunma ya da meşru savunmada sınırın aşılması şartlarının oluştuğundan söz edilemez. Zira mağdurun, ırza yönelik olan, yalnızca sözde kalan ve devam da etmeyen saldırısı karşısında, saniğin savunma hakkının doğduğunun kabul edilmesi gerekmekte ise de; saniğin, vücudunun ölümcül bölgelerine vurmak suretiyle mağduru yaşamsal tehlike oluşturacak şekilde yaralaması eyleminde “savunma ile saldırı arasındaki dengenin savunma lehine bozulmuş ve dolayısıyla ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması” nedeniyle meşru savunma ve meşru savunmada sınırın aşılması koşulları bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 436/190, 08.05.2012, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

“... maktulün başına isabet eden atışla yere düştüğü ve etkisiz hale geldiği, döner bıçağının da elinden düşmesi nedeni ile saldırıyı etkisiz hale getirmiş olan saniğin gerekmediği halde yerde yatmakta olan maktulün hayati bölgesi olan sırtına yakın mesafeden bir el daha ateş ederek onu sırtından da vurması ve eylemin ölümle sonuçlanması dikkate alındığında saniğin saldırının etkisiyle değil, saldırıdan kaynaklanmış olsa da daha önceki ve olay esnasındaki saldırılara karşı duyduğu öfke ve gazap nedeniyle hareket ettiği, başka bir ifadeyle saniğin niyetinin kin duygusunu tatmine yönelik olduğu anlaşıldığından eylemin haksız tahrik altında kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

¹²⁷ Soyaslan (n67) 388.

kanunda düzenlenmiş olması gerekir¹²⁸. Zira taksirli suçlar istisnadır ve ancak kanunda düzenlendiği takdirde gündeme gelir. Suçun taksirli halinin düzenlenmediği durumlarda fail meşru savunmada sınırı taksirle aşmışsa ceza sorumluluğu doğmayacaktır¹²⁹.

Failin daha az zararlı saldırıyı def edebileceği durumlarda şahsi intikam duygularını tatmine yönelik hareketlerde bulunursa artık sınırın aşılması mazur görülemez¹³⁰. Bu halde meşru savunmada sınırın kasten aşılması söz konusu olur ve fail gerçekleştirdiği eylemden dolayı sorumlu tutulur. Mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK m. 27/2'de faile ceza verilmeyecektir¹³¹.

SONUÇ

Bireylerin haklarına yönelmiş haksız bir saldırının def edilmesi amacıyla başvurulan gücün hukuka uygun kabul edilebilmesi için aranan koşullardan birisi orantılılıktır. Orantılılık saldırı ile savunma arasında yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilecektir. Dolayısıyla meşru savunmada orantılıktan bahsedilirken saldırı ile savunma arasındaki denge anlaşılmalıdır.

Meşru savunmada orantılılık bir eşitlik meselesi değildir. Yani saldırı ile savunma eşit olmak zorunda değildir. Buradaki ölçüt savunmanın saldırıyı def etmek amacıyla ve def edecek ölçüde yapılıp yapılmadığıdır. Savunmanın saldırıyı def edebilecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde ise saldırı ve savunmada kullanılan araçlar, bu araçların kullanım şekli, savunma hareketinin en az zarar verecek şekilde seçilip seçilmediği hususu, saldırının yöneldiği hukuksal değer ile savunmanın yöneldiği hukuksal değer, failin içinde bulunduğu fiziksel ve ruhsal durum ile savunma olanakları dikkate alınacaktır.

¹²⁸ Aracın ölçüsüz kullanılması halinde sınırın taksirle aşıldığı belirtilmektedir. Soyaslan (n67) 389. Kanaatimizce aracın kullanımı bakımından doğrudan böyle bir genelleme yapmak isabetli olmayacaktır. Zira aracın ölçüsüz kullanımı bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmiş olabilir.

¹²⁹ Hafizoğulları ve Özen (n5) 221; Demirci (n4) 87.

¹³⁰ Yüce (n1) 260; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n4) 316; Apaydın (n1)94; Ünal (n1) 674. "... buna karşılık saldırının etkisinin yanında, saldırıdan kaynaklanmış olsa bile, öfke gibi nedenlerle sınır aşıldığında ise aynı korumadan faydalanılması söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, failin amacı, saldırının defedilmesinden çok kin duygusunu tatmine yönelik ise yasal savunmada sınırın aşılması değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir.", Yargıtay CGK, 201/81, 31.03.2009; Yargıtay CGK, 808/314, 13.10.2015. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2023.

¹³¹ Mülga Kanuna ilişkin açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Erem (n6) 36.

Saldırı ve savunmada arasında mutlak bir eşitlikten bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla orantılılığın incelenmesinde kullanılacak kriterler arasında denge olup olmadığı belirlenmelidir. Kriterler arası bir eşitlik araştırması failin, birçok olayda meşru savunmadan yararlanmasını engelleyecektir.

Saldırı ile savunmada kullanılan araçların aynı olması orantılılık açısından gerekli bir kriter değildir. Zira kişinin olayın koşulları içerisinde kullanabileceği alternatif bir savunma aracı bulunmayabilir. Bu sebeple failin savunma için, saldırıda kullanılan aracın aynısını bulmaya zorlanamaması gerekir. Yumrukla yapılan bir saldırıya karşı bıçakla veya ateşli silahla savunmada bulunulması mümkündür. Araçlar arasındaki bu farklılık orantılılığı doğrudan ortadan kaldırmaz.

Saldırı ve savunmada kullanılan araçlar arasında orantı belirlenirken bu araçların kullanılma şekli de önem taşır. Savunma aracının daha az zarar verecek şekilde kullanılması gerekir. Failin daha az zarar verecek şekilde aracı kullanma imkânı varken, bu yöntemi tercih etmezse artık orantılılıktan bahsetmek mümkün değildir.

Failin seçtiği savunma yöntemi de orantılılık açısından önemlidir. Saldırganın daha az zarar verecek bir savunma yöntemi yerine daha fazla zarar verecek bir savunma yönteminin seçilmesi halinde orantılılıktan bahsetmek mümkün değildir. Saldırganın uyarı ateşi yapılması yeterli iken saldırı hedef alınarak yaralanması veya saldırı ayaktan yaralanması ile saldırı def edilebilecekken hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması ihtimallerinde orantılılık bulunmamaktadır.

Saldırı ile savunmanın yöneldiği hukuksal değerler arasında bir orantıdan bahsetmek mümkün değildir. Aksi halde TCK m. 25 düzenlemesi ile uyumsuz bir sonuç ortaya çıkar. Meşru savunmanın uygulama alanı oldukça daraltılmış olur. Birçok meselede meşru savunma uygulanamaz hale gelir. Böyle bir sonuç hukuksal değerler arasında denge arayan düşünce tarafından da istenmemektedir. Cinsel özgürlüğe yönelik bir saldırıda yaşam hakkını sonlandıracak bir savunma tek başına orantısız kabul edilemez. Yine malvarlığına yönelik saldırıya karşı vücut bütünlüğü veya yaşam hakkını ihlal edici bir savunma sadece bu kriter üzerinden orantısız denilemez.

Orantılılık göreceli bir kavramdır ve bu sebeple mutlak değildir. Somut olayın koşulları içerisinde ve olay anına göre belirlenmelidir. Olay öncesi veya olay sonrası yapılacak değerlendirmeler meşru savunma kapsamında kalan birçok ihtimali orantısız kabul etmemizi sonuçlar. Bu sebeple olayın gerçekleşme anı

değerlendirme zamanı bakımından temel noktadır. Olayın koşulları içerisinde inceleme yapılırken kendisi göreceli olan orantılılığın objektif olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple ortalama bir kişinin olay anındaki tepkisi yerine failin tepkisi incelenmelidir. Failin içinde bulunduğu ruhsal ve fiziksel durum, saldırganın fiziksel durumu, olayın gerçekleştiği yer ve zaman, failin savunmaya yönelik imkanları sübjektif kriterlerdir ve bunlar orantılılık değerlendirmesinde dikkate alınmak zorundadır. Objektif bir değerlendirmede failin özelliklerini yok saymak gerekeceğinden değerlendirmenin somut olayın koşullarında ve sübjektif olarak yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Savunma hareketinin orantısız olduğu durumlarda ise failin durumu TCK m. 27'e göre belirlenecektir. Saldırımı def edecek ölçüde kullanılacak savunma hareketinin bu ölçütün ötesine geçtiği durumlarda artık failin hareketinin hukuka uygunluğundan bahsetmek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bası Adalet 2019)
- Apaydın C, *Meşru Savunma* (3. Baskı Seçkin 2020)
- Artuk, ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bası Adalet 2022)
- Baumann J, Weber U, Mitsch W ve Eisele J, *Strafrecht AT*, (12. Auflage Giese King 2016)
- Bozdağ A, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunmada Orantı", Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı 131-138
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (8. Bası Beta 2014)
- Çetin B, "Karşılaştırmalı Hukukta Meşru Savunma", (2020) 4 (1) Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 34-46
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Bası Seçkin 2022)
- Demirci, Ömer, *Meşru Savunma*, (Yüksek Lisans Tezi Çankaya Üniversitesi 2014)
- Devrin ŞZ, *Ceza Hukuku*, (Yeni Cezaevi Matbaası 1946)
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (10. Bası Beta1994)
- Dülger MV, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Hukuk Akademisi 2021)
- Erb V ve Schäfer J, *Münchener Kommentar zum StGB, B. 1*, (4. Auflage C.H. Beck 2020)
- Erdem, MR, "Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)" (2007) 9 (Özle Sayı) DEÜHFD 987-998
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C II*, (12. Bası Seçkin 1985)
- Ersan A, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, (On İki Levha, 2013)
- Eryıldız HS, "Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması", (2016) 31, CHD 93-124
- Gropp W ve Sinn A, *Strafrecht AT*, (5. Auflage Springer 2020)
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Bası US-A 2019)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (27. Bası Adalet 2022)
- Heinrich B, *Strafrecht AT*, (7. Auflage Kohlhammer 2022)
- Hilgendorf E ve Valerius B, *Strafrecht AT*, (3. Auflage C.H. BECK 2022)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Yenilenmiş Bası Beta 2016)
- Karaaslan R, "Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma", (2020) 15 (43) CHD 463-521
- Kartal, Melik, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*, (On İki Levha 2019)

- Kaymaz S, "Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma ve Yaşam Hakkı", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 1, (Beta 2014) 229-269
- Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen HU ve Saliger F, *Strafgesetzbuch*, (6. Auflage Nomos 2023)
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Bası Seçkin 2019)
- Köksal B, "Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", Ceza Hukuku Günleri, (Beta 1998) 67-74
- Krey V ve Esser R, *Deutsches Strafrecht AT*, (7. Auflage Kohlhammer 2022)
- Kühl K, *Strafrecht AT*, (8. Auflage Vahlen 2017)
- Lackner K ve Kühl K, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage C.H. Beck 2023)
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri*, (Filiz 1992)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Bası Seçkin 2022)
- Özen M, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, (Seçkin 1995)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Bası Seçkin 2021)
- Özgenç, Nuri Berkay, "Meşru Savunmada Orantılılık" (2022) 12 (24) HKÜHFD 245-270
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (19. Bası Seçkin 2019)
- Roxin C, *Strafrecht AT*, (2. Auflage C.H. Beck 1994)
- Saman R, "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunma", (2021) 95(2) İstanbul Barosu Dergisi 298-313
- Schönke A ve Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage H.C. Beck 2019)
- Sinar H, "Self-defense As A Justification Reason in Turkish Criminal Law", (2016) 11 (30) CHD 29-62
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bası Yetkin 2014)
- Şahin M, "Yasal (Meşru) Savunma", (2008) 75 TBB Dergisi 284-332
- Şenses E, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu'nda Meşru Savunma", (2014) 112 TBB Dergisi 397-409
- Topçu NK, *Meşru Savunma*, (Adalet, 2022)
- Ünal E, "Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması" (2021) 12(2) İnÜHFD, 671-684.
- von Heintschel-Heinegg B, *Beck OK StGB*, (57. Auflage C.H. Beck 2023)
- Wessels J, Beulke W ve Satzger H, *Strafrecht AT*, (52. Auflage C.F. Müller 2022)

Yerdelen E ve Altuntaş Yıldız Ş, "Meşru Savunmada Saldırı Fiilinin Hukuki Niteliği", *Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan*, (Ed. Mahmut Koca), (Seçkin 2020) 1069-1092

Yıldız AK, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, (İstanbul Barosu Yayınları 2007)

Yurtlu F, "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı" 2021 (25) 3, AHBVÜ-HFD, 581-638

-- *İhmali Suçlar*, (Seçkin, 2022)

Yüce TT, *Ceza Hukuku Dersleri, C I*, (Şafak Basım ve Yayınevi 1982)

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75*, (3. Bası Beta 2013)

Sanktionierungsversuche gegen Unternehmen in Deutschland bei Vorliegen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten^(*)

-Können Sie ein Vorbild für das Türkische Recht Darstellen?-

Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN^(**)

Zusammenfassung

Die Bekämpfung von Unternehmenskriminalität wird weltweit dadurch erschwert, dass juristische Personen traditionsgemäß strafrechtlich nicht erfasst werden. Das verhindert grundsätzlich das Schuldprinzip. Viele Staaten der Welt haben gleichwohl diese Bedenken zurückgestellt und Unternehmen als Akteur des Strafrechts gesetzlich identifiziert. Deutschland ist diesen Weg nicht gegangen und versucht in erster Hinsicht über das Ordnungswidrigkeitenrecht die strafrechtlichen Sanktionen zu ersetzen. Wie das funktioniert und welcher Erfolg dadurch bislang erzielt worden ist, zeigt der nachfolgende Aufsatz. Da auch im türkischen Recht ein ähnlicher Weg wie im deutschen Recht eingeschlagen wurde, wurde gesondert untersucht, ob die in Deutschland angewandten Sanktionierungsversuche gegen Unternehmen bei Vorliegen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ein Vorbild für das türkische Recht sein können.

Schlüsselwörter

Unternehmenskriminalität, Strafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht, Schuldprinzip.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.11.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 11.12.2023.

Atif Şekli: Özdem Özaydın, 'Sanktionierungsversuche gegen Unternehmen in Deutschland bei Vorliegen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten -Können Sie ein Vorbild für das Türkische Recht Darstellen?-' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1177, 1239.

DOI: 10.52273/sduhfd..1391186.

^(**) İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: oezdem.oezaydin@gmx.de.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9980-2510>.

Almanya'da Suç ve Kabahatler Karşılığında Şirketlere Uygulanan Yaptırım Denemeleri -Türk Hukuku İçin Rol Model Olabilirler Mi?-

Öz

Tüzel kişilerin geleneksel olarak ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi, şirket faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla mücadeleyi dünya çapında daha da zorlaştırmaktadır. Kural olarak kusur ilkesi nedeniyle tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığı kabul edilmektedir. Yine de dünyadaki pek çok devlet bu kaygıları bir kenara bırakmış ve şirketlerin ceza hukuku sorumluluğu bulunduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte Almanya bu yola girmemiş ve ilk etapta kabahatler hukuku üzerinden cezai yaptırımları telafi etmeyi benimsemiştir. Aşağıdaki makale bunun nasıl gerçekleştiğini ve şimdiye kadar bu konuda ne gibi başarılar elde edildiğini ortaya koymaktadır. Konuyla ilgili olarak Alman hukukuna benzeyen bir yol Türk hukuku bakımından da benimsendiği için, Almanya'da suç ve kabahatler karşılığında şirketlere uygulanan yaptırım denemelerinin Türk hukuku için rol model olup olmadıkları ayrıca incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Şirket Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlar, Ceza Hukuku, Kabahatler Hukuku, Kusur İlkesi.

Sanctions Trials Applied to Companies for Crimes and Misdemeanors in Germany -Can They be Role Models for Turkish Law?-

Extended Summary

The traditional non-recognition of criminal liability of legal entities makes the fight against crimes committed within the scope of corporate activity more difficult worldwide. As a rule, it is accepted that legal entities are not criminally liable due to the principle of fault. Nevertheless, many states around the world have set aside these concerns and recognized that companies are criminally liable. Germany, however, did not go down this path and initially adopted the equalization of criminal sanctions through the law of misdemeanors. The following article sets out how this happened and what successes have been achieved so far. Since Turkish law has adopted a similar path to German law, it is also examined whether the experiments with sanctions imposed on companies for crimes and misdemeanors in Germany can serve as a role model for Turkish law.

Instead, the legislator provides for sanctioning of the company under the German Administrative Offenses Act (OWiG) through the imposition of an administrative fine in accordance with Section 30 OWiG.

The effect and the deficits of the administrative fine under Section 30 OWiG clearly show that, despite many improvements, the German legislator has not succeeded in creating a final and effective sanction against the company with this standard. Despite all efforts by the legislator, Section 30 OWiG is characterized by an insufficient preventive effect. This standard is an ineffective means of combating company-related offenses. The “anonymous” administrative fine should not actually be of any great significance in practice and should basically be declared inadmissible.

Above all, however, the classification of corporate criminal law as misdemeanor law is simply dogmatically flawed.

As a result, it should be noted that the possibility of sanctions under misdemeanor law in Section 30 OWiG does not achieve its objective of sufficiently punishing offences committed from within the company. Section 30 OWiG is also not a suitable tool for calculating the economic advantage.

The detour via misdemeanor law is not the ideal way to replace a criminal law standard.

In particular, the legislator has by no means solved dogmatic problems by creating § 30 OWiG. To a certain extent, this also applies to Art. 43/A tStGB.

Furthermore, the classification of the administrative fine as misdemeanor law cannot be correct because misdemeanor law is designed to punish violations that merely constitute a so-called administrative injustice. In the area of companies, however, cases are also covered in which there is sometimes considerable culpability.

Irrespective of this, in order to achieve an appropriate level of fine, it was proposed that a percentage of the company's annual turnover in a given period be chosen as the upper limit for the fine. In contrast to a flat-rate amount as an upper limit for fines, the fine could thus be adapted to the respective economic circumstances of the company. A fine adapted to the economic circumstances of the company would therefore have a stronger deterrent effect. As soon as companies realize that economic crimes are not worthwhile, they will try to avoid them.

Despite the flaws of Section 30 OWiG, it was also noted that the explanations provided regarding the setting of administrative fines (in accordance with Section 30 OWiG) should encourage the Turkish legislator to reconsider. In particular, the procedure for setting the administrative fine could serve as a model for Turkish law.

In contrast, while the confiscation provisions did not represent sufficient sanctions for companies under the old German law, it can be said that they do not play a subordinate role in practice under the current legal situation. According to the current German legal situation, it is possible to confiscate much more than was previously the case. In particular this success is due to the removal of the blocking clause which existed under the old law. This result cannot be shared with regard to the Turkish legal situation. Because the blocking clause continues to apply under the provisions on the confiscation of proceeds of crime under the tStGB. Therefore it can be stated that the effectiveness of the Turkish provisions on the confiscation of proceeds of crime in relation to combating company-related offenses appears to be of subordinate importance.

In order to eliminate the shortcomings of the Turkish confiscation provisions, the German provisions could serve as a role model.

Finally, it was emphasized that the elimination of the deficiencies with regard to § 30 OWiG and Art. 43/A tStGB by both the German and Turkish legislators appears to be unavoidable in the near future.

As a solution, the rejection of the principle "societas delinquere non potest" would leave the sanctioning of the legal entity in the criminal law sense, whereby in order to overcome the dogmatic problems, the principle of culpability would have to be extended in such a way that the personal reproachability of a legal entity could also be affirmed. However, individual culpa and the culpability of the company would have to be distinguished conceptually.

If the Criminal Code were to be reformed in such a way that legal entities could also be held criminally liable, this would require a revision of the principle of culpability in order to enable existing criminal provisions to be supplemented with regard to their perpetration by legal entities or the reformulation of "company offenses".

However, it should be noted that not all problems can be eliminated by a criminal law solution. In particular, it remains unresolved how the amount to be confiscated is to be defined. These problems of § 30 OWiG and Art. 43/A tStGB would also be reflected in the new offense of corporate crime, additionally burdened by the delicate question of the principle of culpability. Against this background, one may ask whether it would instead be preferable to correct the shortcomings of Section 30 OWiG or Art. 43/A tStGB

with accompanying measures. In order to be able to answer this question, it is necessary to weigh up the effort of the two solutions outlined above. This would most likely be to the detriment of the criminal law solution. It is then questionable whether the nature of the criminal law accusation alone justifies this effort in contrast to the morally reproachability of committing an OWiG.

I. EINLEITUNG

Das Unternehmen kann nicht nur „Opfer“ von Straftaten sein, sondern auch selbst Straftaten begehen. Als Adressat einer möglichen Sanktionsnorm kommen hierbei die juristische Person, also der Personenverband in seiner Gesamtheit sowie die natürliche Person, die hinter dem Unternehmen steht, in Betracht.¹ Nach der Überlegung von Savigny hat das Kriminalrecht jedoch „mit dem natürlichen Menschen als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen“ zu tun. „Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts.“² Entsprechend dieser Äußerung ist dem geltenden deutschen Strafrecht als sog. Individualstrafrecht eine Strafbarkeit von Unternehmen nicht bekannt.³ Es gilt der Grundsatz „societas delinquere non potest“, der eine Ablehnung von Kriminalstrafen gegen juristische Personen bezeichnet.^{4,5}

Auffallend ist demgegenüber, dass sich in den meisten anderen europäischen Staaten ein internationaler Trend zur Anerkennung der Strafbarkeit von juristischen Personen entwickelt hat. Zu den Staaten, die Kriminalstrafen gegen juristische Personen vorsehen, gehören etwa Großbritannien (England, Wales und Schottland), Irland, Dänemark, Frankreich, die Niederlande, Portugal, Schweden, Finnland, die Vereinigten Staaten, Australien, Japan sowie Norwegen.⁶

Deutschland gehört demgegenüber zu der Minderheit der Staaten, in denen der deutsche Gesetzgeber die juristische Person nicht durch echtes Kriminalstrafrecht sanktioniert.⁷ An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass auch

¹ Hans Kudlich und Mustafa Temmuz Oglakcioğlu, *Wirtschaftsstrafrecht* (3. Auflage, C.F. Müller Verlag 2020) 1. Teil D. I Rdnr. 82.

² Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil: Die juristische Person*, (Springer Verlag 1983) para 1 II 15.

³ Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker & Humblot Verlag 1996) 227; Hans-Joachim Hirsch, 'Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen' 107 (1995) ZStW 285, 285.

⁴ Matthias Korte, *Juristische Personen und strafrechtliche Verantwortung* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 1991) 9.

⁵ Gerhard Dannecker, 'Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts' (2001) GA 101 (101).

⁶ Dannecker (n. 5), 101 (101).

⁷ Ingo E Fromm, 'Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/ Unternehmensvereinigungen in Europa?' (7/2007) ZIS 279 (279).

die Türkei zu den Ländern gehört, in denen der türkische Gesetzgeber eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen schlichtweg ablehnt. Bestimmt wird dies ausdrücklich in Art. 20 des türkischen StGB (tStGB). Dort wird ausdrücklich vorgesehen, dass strafrechtliche Sanktionen nicht gegen juristische Personen verhängt werden dürfen.

In Deutschland bedeutet diese Einschränkung jedoch nicht, dass Unternehmen überhaupt keine eigenständige Sanktionierung erfahren könnten. Eine eigenständige Sanktionierung des Unternehmens sieht der Gesetzgeber vielmehr nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) durch die Verhängung einer Verbandsbuße nach § 30 OWiG vor.⁸ Diese Norm ist als bedeutsamste Sanktion gegen juristische Personen oder sonstige Personenvereinigungen zu verstehen.⁹ Der Frage, ob § 30 OWiG eine hinreichende Sanktionsmöglichkeit gegen das Unternehmen darstellt oder ob eine Sanktionierung im strafrechtlichen Sinne, d.h. durch einen Straftatbestand im StGB erforderlich und falls ja dogmatisch vertretbar ist, ist im Folgenden nachzugehen.

Zum Zwecke der besseren Übersicht und Verständlichkeit sollen jedoch vorab wichtige Begrifflichkeiten erläutert sowie ein historischer Überblick in Bezug auf die Strafbarkeit von juristischen Personen verschafft werden.

II. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

A. Unternehmen

Aufgrund der Regelungen der §§ 14 II 2, 265b I, III Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB) sowie den §§ 9 II 2, 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) wird deutlich, dass der Begriff des Unternehmens dem des Betriebes gleichzusetzen ist, so dass sich eine Unterscheidung zwischen beiden Begriffsformen erübrigt. Ein Unternehmen oder Betrieb stellt eine räumlich zusammengefasste Einheit von Personen und Sachmitteln zur Erreichung eines nicht nur vorübergehenden Zwecks dar, Leistungen materieller wie immaterieller Art hervorzubringen oder zur Verfügung zu stellen.¹⁰

⁸ Kudlich und Oglakcioğlu (n.1) 1. Teil D. II Rdnr. 85.

⁹ Rupert Scholz, 'Strafbarkeit juristischer Personen?' (2000) ZRP 435 (437).

¹⁰ Walter Perron in Adolf Schönke und Horst Schröder (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010) para 14 Rdnr. 28/29.

B. Juristische Person

Bei der Frage nach der Strafbarkeit von Unternehmen erscheint auch das Wesen nach der juristischen Person erklärungsbedürftig. Die juristische Person ist entweder eine vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängige Personenvereinigung oder eine zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks geschaffene und mit einem diesem Zweck gewidmeten Vermögen ausgestatte Organisation, die dazu befähigt ist, am Rechtverkehr teilzunehmen.¹¹ Unterschieden wird zwischen juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Zur Ersteren zählen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Aktiengesellschaft (AG), die Genossenschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, der eingetragene Verein sowie die rechtsfähige Stiftung. Zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zählen politische Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.¹² Als Personenvereinigung sind der juristischen Person gleichgestellt, die rechtsfähige Personengesellschaft sowie der nicht rechtsfähige Verein.¹³ Nicht rechtsfähige Vereine, die nach § 54 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Träger von Rechten und Pflichten sein können, sind politische Parteien und Gewerkschaften. Rechtsfähige Personengesellschaften, die nach § 14 II BGB Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sind die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG) sowie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).¹⁴

C. Verband/Personenverband

In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich neben den Begrifflichkeiten der Strafbarkeit von Unternehmen bzw. juristischen Personen auch häufig die der Strafbarkeit von Verbänden bzw. Personenverbänden. Ein Verband beschreibt den Zusammenschluss von natürlichen oder juristischen Personen,¹⁵ der als ggr. den Mitgliedern verselbständigte Organisation einem

¹¹ Martin Koenen 'Die Zurechnung von Organverhalten bei juristischen Personen, Insbesondere zur Haftung der abordnenden Körperschaft gemäß §§ 116, 93 AktG i.V.m. § 31 BGB und zur Systematik der §§ 117, 317 AktG' (Hundt Druck 1991) 3; Carl Creifelds, *Rechtswörterbuch* (19. Auflage, C.H. Beck Verlag 2007) 638.

¹² Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil* (34. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010) para 21 Rdnr. 3 ff.; Gerd Eidam, *Unternehmen und Strafe* (Carl Heymanns Verlag 1993) 17; Vgl. auch Creifelds (n. 11) 638.

¹³ Köhler (n. 12) para 21 Rdnr. 6; Creifelds (n. 11) 877.

¹⁴ Kudlich und Oglakcioğlu (n.1) para 4 Rdnr. 93; Köhler (n. 12) para 21 Rdnr. 6.

¹⁵ Creifelds (n. 11) 1223.

bestimmten Verbandszweck dient und durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung verfasst ist.¹⁶ Da Rechtsträger eines Unternehmens häufig von einer oder mehreren natürlichen Personen gebildete juristische Person oder eine Mehrheit von natürlichen Personen ist, welche sich als Personenvereinigung organisiert haben, ist auch häufig von dem Begriff der Personenverbände die Rede.¹⁷

Da die Begriffe „Unternehmen“, „juristische Person“ sowie die des „Verbandes“ bzw. „Personenverbandes“ alle gemeinsam haben, dass sie Personenzusammenschlüsse beschreiben, dessen Strafbarkeit die Problematik der vorliegenden Bearbeitung darstellt, werden sie im Folgenden synonym benutzt. Während die Begriffe „Unternehmen“ sowie „juristische Person“ im Wortlaut des § 30 OWiG enthalten sind, taucht der Begriff „Verband“, wie weiter unten zu sehen sein wird, in der Kennzeichnung dieser Norm als „Verbandsgeldbuße“ auf.

III. HISTORISCHER ÜBERBLICK

Es wurde aufgezeigt, dass der Grundsatz „societas delinquere non potest“ in Deutschland im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Staaten nach wie vor Geltung hat. Zwar wird behauptet, dass dieser Grundsatz bereits im klassischen römischen Recht gegolten haben soll. Dies ist jedoch bis heute nicht abschließend geklärt, da nicht herausgefunden werden kann, ob sich das klassische römische Recht für die Ablehnung oder sogar für eine Befürwortung der Möglichkeit nach der Strafbarkeit von juristischen Personen geäußert hat, zumal wiederum nicht beantwortet werden kann, ob das klassische römische Recht juristische Personen als solche überhaupt gekannt hat.¹⁸ Insofern wird allgemein davon ausgegangen, dass der aufgeführte Grundsatz jedenfalls nicht vom römischen Recht entstammt.¹⁹ Allerdings kann festgestellt werden, dass dem germanischen, dem mittelalterlich-italienischem und dem Gemeinem Recht die Strafbarkeit von Personengruppen sehr wohl bekannt war.²⁰ Auch das

¹⁶ Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (4. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2002) 168.

¹⁷ Cora Constanze Hartan, *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Ein Rechtsvergleich angesichts europäischer Harmonisierungsbestrebungen* (Dr. Kovac Verlag 2006) 36 f. m.w. Nachw.

¹⁸ Korte, *Juristische Personen* (n. 4) 9 f.; Alphonse Huss, 'Die Strafbarkeit der juristischen Personen' 90 (1978) ZStW 237, 241.

¹⁹ Christina Schwinge, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts* (Centaurus Verlag 1996), 96.

²⁰ Jescheck und Weigend (n. 3) 227; Schwinge (n. 19) 96.

Mittelalter war von dem Denken geprägt, ganze Städte und Gemeinden dafür zu bestrafen, dass diese es unterlassen hatten, Verbrechen zu verfolgen oder Geächtete auszuliefern.²¹ Der Meinungsumschwung dahingehend, dass strafrechtliche Reaktionen lediglich ggr. Individuen und nicht ggr. Verbänden geltend gemacht werden können, kam Ende des 18. Jahrhunderts unter dem Einfluss von Malblanc, Feuerbach sowie Savigny, die es schafften eine individualstrafrechtliche Auffassung im Strafrecht durchzusetzen.²² Ein weiterer Grund für diesen Meinungsumschwung war auch darin zu sehen, dass ein politisches Bedürfnis für die Bestrafung von Verbänden gegen Ende des 18. Jahrhunderts aufgrund der verloren gegangenen Macht der Verbände zu dieser Zeit, die durch den Absolutismus zurückgedrängt worden war, nicht mehr vorhanden war.²³ Als im Zuge der Industrialisierung der Einfluss der Verbände jedoch wieder zunahm, wurde die Kriminalstrafe für Körperschaften wieder vereinzelnd, vor allem gegen Ende des 19. und zu Anfang des 20. Jahrhunderts durch „von Liszt favorisiert.“²⁴ Die deutsche Gesetzgebung berücksichtigte diese Auffassung jedoch nur in § 393 (§ 357 a.F.) der Reichsabgabenordnung (RAO), wonach eine Kriminalstrafe in Form einer Geldstrafe gegen die juristische Person oder Personenvereinigung für den Fall eines Steuervergehens angedroht werden konnte, ohne dass ein Verschulden einer natürlichen Person festgestellt zu werden brauchte.²⁵ Endgültig gestrichen wurde § 393 RAO bereits 1967. Nach dem 2. Weltkrieg sah zwar ferner auch das Besatzungsrecht im Bereich des Kartell- und Devisenstrafrechts die Verhängung einer Kriminalstrafe gegen Verbände vor;²⁶ die aber bereits 1961 aufgehoben worden ist.²⁷ Festzuhalten ist

²¹ Rainer Hamm, 'Auch das noch: Strafrecht für Verbände!' (1998) NJW 662, 663.

²² Schwinge (n. 19) 96 f.; Anne Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschen und US-amerikanischem Recht* (Duncker & Humblot Verlag 1994) 28.

²³ Korte, *Juristische Personen* (n. 4) 11.

²⁴ Korte, *Juristische Personen* (n. 4)12; Dietrich Lang-Hinrichsen, 'Verbandsunrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten' (1966) Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965) 49, 50.

²⁵ Karl Engisch, Referat zum Thema 'Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?' (1954) Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages 1953 Band II, S. E 7, S. E 11; Lang-Hinrichsen (n. 24) 49, 50.

²⁶ Wolfgang Hetzer, 'Verbandstrafe in Europa Wettbewerbsverzerrung durch Korruption' (2007) EuZW 75,78.

²⁷ Bruni Ackermann, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen* (Peter Lang Verlag 1984) 27.

an dieser Stelle, dass ein Blick in die Geschichte deutlich werden lässt, dass das deutsche Recht in der Vergangenheit eine Strafbarkeit juristischer Personen durchaus kannte. Wie im Folgenden zu sehen sein wird, stand die Frage nach der Anerkennung der Strafbarkeit von Unternehmen in Deutschland sogar mehrere Male auf der Tagesordnung, sei es durch die Erarbeitung eines diesbezüglichen Gesetzesentwurfes oder durch die einfache Kundgabe der Feststellung der Notwendigkeit einer strafrechtlichen Bestrafung von Unternehmen bzw. juristischen Personen. Obwohl der 40. Deutsche Juristentag im Jahre 1953 die Frage nach der Strafbarkeit von juristischen Personen mehrheitlich mit der Begründung ablehnte, dass die Einführung einer Kriminalstrafe gegen juristische Personen mit dem Sinn und Wesenselementen der Strafe nicht zu vereinbaren sei,²⁸ sind die Stimmen für die Notwendigkeit der Einführung von Kriminalstrafen gegen juristische Personen in Deutschland niemals vollständig verstummt. Von besonderer Bedeutung war insofern der im Jahre 1996 realisierte Schritt des „Arbeitskreises Strafrecht-Deutsche Wiedervereinigung“ in der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität. Nach diesem Entwurf sollte es möglich sein, dass Unternehmen in einer Mindestdauer von einem Jahr unter Kuratel (staatliche Aufsicht) zu stellen, sofern ein Unternehmensangehöriger, dem Leitungsbereich des Unternehmens angehört, für das Unternehmen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht und die Gefahr weiterer Zuwiderhandlungen besteht. Von wichtiger Bedeutung war auch der durch das Land Hessen im Jahre 1997 vorgeschlagene Diskussionsentwurf, im dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches einen Achten Titel einzufügen. In diesem Titel sah man in den §§ 76b-h die Normierung einer Verbandsgeldstrafe, Verbandsauflösung, der Erteilung von Weisungen sowie die Einrichtung einer Zwangsaufsicht gegen die juristische Personen oder die Personenvereinigung vor.²⁹ Beschleunigt wurde die Diskussion durch die am 15.1.1998 seitens der SPD unter der Überschrift „Besondere Verantwortlichkeit von Unternehmen - Probleme kriminalrechtlicher Verantwortlichkeit juristischer Personen und Personenvereinigungen“ an die damalige Bundesregierung im Rahmen einer großen Anfrage erfolgte Kundgabe, dass die von juristischen Personen sowie Personenvereinigungen begangene Kriminalität nicht effektiv bekämpft werden könne, da das geltende Strafrecht

²⁸ Engisch (n. 25) S. E 7, S. E 41.

²⁹ Carsten Wegner, 'Strafrecht für Verbände? Es wird kommen!' (1999) ZRP 186, 187.

lediglich an individuelles Strafrecht anknüpfe.³⁰ Wenige Monate später, am 17./18.6.1998 befasste sich auch die 69. Justizkonferenz in Rostock-Warnemünde mit dem Thema der unternehmensbezogenen Sanktionen, die insbesondere feststellte, dass auf den Gebieten der Wirtschafts- sowie Umweltkriminalität einschließlich der Organisierten Kriminalität zahlreiche Straftaten im Zusammenhang mit Wirtschaftsunternehmen begangen werden und die Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen im Einklang mit der Entwicklung im Ausland auch in Deutschland wirksam verbessert werden müsse.³¹ Zuletzt wurde die Diskussion über die Strafbarkeit von Unternehmen zur Jahrhundertwende zweimal Prüfungsgegenstand: Zum einen wurde der Vorschlag des Landes Hessen zur Einführung der Unternehmensstrafe, der dem Bundesrat seit 1998 vorlag,³² nach dem dortigen Regierungswechsel 1999 zurückgenommen.³³ Dadurch, dass die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte „Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems“ in ihrem Abschlussbericht im Jahre 2000 die Strafbarkeit von Unternehmen in der Mehrheit der Stimmen endgültig ablehnte,³⁴ haben die Diskussionen um die Einführung einer strafrechtlichen Sanktionierung von Verbänden vorerst ihren Abschluss erfahren. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Kommission vor allem auf, dass man mit der Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenssanktionierung in Deutschland Probleme dogmatischer Art aufwerfe.³⁵ Aufgeführt wird in diesem Zusammenhang seit jeher die fehlende Handlungs-, Straf- sowie Schuldfähigkeit von juristischen Personen sowie Personenvereinigungen. Juristische Personen sind nach überwiegender Auffassung nicht handlungsfähig und können nicht im kriminalrechtlichen Sinne bestraft werden, weil nur menschliche Organe mit Wirkung für sie handeln

³⁰ BT-Drs. 13/9682, 1 (1 f.).

³¹ Wegner, 'Strafrecht für Verbände?' (n. 29) 186, 188.

³² BR-Drs. 690/98, 1 (1): Der Bundesrat hält das Sanktioneninstrumentarium ggr. Wirtschaftsunternehmen für unzureichend. „Im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes, insbesondere in den in der heutigen Industriegesellschaft in den Vordergrund getretenen Bereichen der Wirtschafts-, ... Kriminalität, erscheint die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen solche Personenverbände kriminalpolitisch geboten.“; Kathleen Mittelsdorf, *Unternehmensstrafrecht im Kontext* (C.F. Müller Verlag 2007) 68.

³³ BR-Drs. 385/99, 1 (1); Mittelsdorf (n. 32) 68.

³⁴ Bundesministerium der Justiz (ed), 'Einführung einer Verbandsstrafe (Strafbarkeit juristischer Personen)' in Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems (2000) 199, 201 f. Mittelsdorf (n. 32) 68; Vgl. Hetzer (n. 26) 75, 79; Jens Peglau, 'Unbeantwortete Fragen der Strafbarkeit von Personenverbänden' (2001) ZRP 406, 406.

³⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (n. 34) 199, 202; Peglau (n. 34) 406, 406.

können. Nur diese sind deshalb zu bestrafen, nicht dagegen die juristische Person.³⁶ Dies gab Fritz Hartung ebenfalls bereits auf dem 40. Deutschen Juristentag 1953 kund.³⁷ Abgesprochen wird der juristischen Person nach überwiegender Meinung ferner auch die Straffähigkeit.³⁸ Strafe sei als Übelzufügung zu verstehen,³⁹ die wiederum eine Sühneleistung des Schuldigen verlange.⁴⁰ Sühne sei aber mit dem Begriff des Leidens untrennbar verbunden und die Fähigkeit zur Empfindung von Leid könne im Gegensatz zu Individualpersonen durch eine juristische Person eben nicht empfunden werden, weil es ihnen an den Nervensträngen fehle.⁴¹ Nach überwiegender Auffassung wird juristischen Personen auch die Schuldfähigkeit abgesprochen.⁴² Als Grundlage dient das vom Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1952 entwickelte Verständnis zur Schuld,⁴³ wonach Schuld Vorwerfbarkeit sei. Mit

³⁶ Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre* (4. Auflage, C.H. Beck Verlag 2006) para 8 Rdnr. 59; Jescheck und Weigend (n. 3) 227; Johannes Wessels und Werner, Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (40. Auflage, C.F. Müller 2010) para 3 II 3 Rdnr. 94; Reinhart Maurach und Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* (8. Auflage, C.F. Müller Verlag 1992) para 15 II Rdnr. 8; Karl Lackner und Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C.H. Beck Verlag 2011) para 14 Rdnr. 1a; Von fehlender eigener Handlungsfähigkeit der juristischen Person spricht auch das BVerfG in BVerfGE 20, 323 (336); Hans-Jürgen Förster, Vor para 30 Rdnr. 5 in Kurt Rebmann, Werner Roth und Siegfried Herrmann (eds), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (3. Auflage, 15. Lieferung, Kohlhammer Verlag 2010).

³⁷ Fritz Hartung, Referat zum Thema 'Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?' (1954) Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages 1953 Band II, S. E 43, S. E 43.

³⁸ Huss (n. 18) 237, 238 ff.; H. Marcuse, 'Die Verbrechenfähigkeit der juristischen Person' (1917) GA 478, 496; Schwinge (n. 19) 104f. m.w. Nachw.

³⁹ Lackner und Kühl (n. 36) para 46 Rdnr. 1; Peglau (n. 34) 406, 408; Rotkraut Pohl-Sichtermann, *Geldbuße gegen Verbände - § 26 OWiG Bochum* (Studienverl. Brockmeyer 1974) 9; Hartung (n. 37) S. E 43, S. E 46.

⁴⁰ Hans Heinrich Jescheck, 'Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände' 65 (1953) ZStW 210, 213; Christian Laue, 'Die strafrechtliche Verantwortung von Verbänden' (2010) JURA 339, 340.

⁴¹ Engisch (n. 25) S. E 7, S. E 15.; Josef Kohler, 'Straffähigkeit der juristischen Person' (1917) GA 500, 503.

⁴² Jescheck und Weigend (n. 3) 227; Jescheck, Personenverbände (n. 40) 210, 213; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, DE Gruyter Verlag 1969) 139; Korte, *Juristische Personen* (n. 4) 198; Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (Carl Heymanns Verlag 1979) 234 f.; Pohl-Sichtermann (n. 39) S. 53 ff.; Lang-Hinrichsen (n. 24) 49, 53; Engisch (n. 25) S. E 7, S. E 24; Hartung (n. 37) S. E 43, S. E 44; Huss (n. 18) 237, 239; Förster (n. 36) Vor para 30 Rdnr. 5.

⁴³ Siehe Laue (n. 40) 339, 339.

dem Unwerturteil der Schuld werde dem Täter vorgehalten, dass er sich für das Unrecht entschieden habe, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liege darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt sei, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden.⁴⁴ Auf eine juristische Person könne ein solcher Schuldbegriff jedoch nicht übertragen werden.⁴⁵ Lediglich der Mensch als agierendes Subjekt könne zwischen ihm zur Verfügung stehenden verschiedenen Verhaltensweisen überhaupt eine Wahl treffen.⁴⁶

IV. DIE EINFÜHRUNG DER VERBANDSGELDBUSSE INS OWIG UND DEREN ENTWICKLUNG IM LAUFE DER JAHRE

Mit dem Einführungsgesetz über Ordnungswidrigkeiten von 1968 wurde § 26 OWiG geschaffen, der eine abschließende und einheitliche Regelung der Verbandsgeldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen normiert. Diese Norm löste zahlreiche Einzelschriften über Verbandsgeldbußen gegen juristische Personen in Bundes- und Landesgesetzen ab.⁴⁷ Um möglichen Bedenken gegen eine solche Regelung keinen Raum zu lassen, hatte der Gesetzgeber die Verbandsgeldbuße nach § 26 OWiG zur bloßen Nebenfolge herabgestuft.⁴⁸

Nachdem § 26 OWiG 1975 im Zuge der Strafrechtsreform ohne sachliche Änderung als § 30 OWiG übernommen worden war,⁴⁹ wurde § 30 OWiG im Laufe der Jahre mehrmals geändert:

So brachte das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) von 1986 in § 30 II OWiG eine verzehnfachte Anhebung des Bußgeldrahmens; bei vorsätzlichen Straftaten betrug diese von nun an 1 Million DM und bei fahrlässigen Straftaten 500.000 DM.⁵⁰ Auf diese Weise bezweckte man insbesondere die

⁴⁴ BGHSt 2, 194 (200).

⁴⁵ Siehe Laue (n. 40) 339, 340 m.w. Nachw.

⁴⁶ Lang-Hinrichsen (n. 24) 49, 53.

⁴⁷ Schwinge (n. 19) 66.

⁴⁸ Klaus Rogall, para 30 Rdnr. 25 in Wolfgang Mitsch (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (5. Auflage, C.H. Beck Verlag 2018).

⁴⁹ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 24; Laue (n. 40) 339, 342.

⁵⁰ Ehrhardt (n. 22) 33; Schwinge (n. 19) 68.

Steigerung der repressiven Wirkung der Verbandsgeldbuße.⁵¹ Ferner wurde § 30 OWiG durch das 2. WiKG von 1986 derart neugefasst, dass die Begriffe „als Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ gestrichen sowie das Institut eines selbständigen Verfahrens (§ 30 IV OWiG) eingeführt wurde. Die Verbandsgeldbuße konnte nach § 30 IV OWiG nunmehr isoliert festgesetzt werden, sofern ein Verfahren gegen die natürliche Person nicht eingeleitet wird,⁵² unabhängig davon, ob dies aus Ermessengründen oder aufgrund tatsächlicher Hindernisse nicht erfolgte.⁵³ Der amtlichen Begründung zufolge sollte der Zusammenhang von Verbandsgeldbuße sowie Individualität „gelockert“ werden.⁵⁴ Durch die Streichung des Begriffes „Nebenfolge“ wurde die Verbandsgeldbuße von nun an als eigenständige Sanktion angesehen.⁵⁵ Die erwünschte Änderung in Form der Erweiterung des Täterkreises des § 30 OWiG wurde noch nicht verwirklicht.⁵⁶

2002 wurde § 30 OWiG dann durch das „Gesetz zur Ausführung des Zweiten Protokolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ in vielfacher Hinsicht nochmals geändert: Eine erstere Änderung betraf § 30 I Nr. 3 OWiG, nämlich die Erweiterung des Adressatenkreises von Personenhandelsgesellschaften auf alle rechtsfähigen Personengesellschaften. Eine zweite Änderung betraf die Anhebung der Höchstgrenze der Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat auf 1 Million Euro (§ 30 II 1 Nr. 1 OWiG) und bei einer fahrlässigen Straftat auf 500.000 Euro (§ 30 II 1 Nr. 2 OWiG). Die letzte Änderung betraf schließlich die in § 30 I Nr. 5 OWiG stattgefundene Erweiterung des Täterkreises der Bezugstat. Als taugliche Täter galten von nun an auch Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person verantwortlich handeln sowie auch die, welche in leitender Stellung für die Überwachung der Geschäftsführung oder für die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen verantwortlich sind.⁵⁷ Hier war jedoch noch nicht Schluss. Mit der 8. GWB-

⁵¹ Ehrhardt (n. 22) 33 ff.

⁵² Ehrhardt (n. 22) 33; Klaus Tiedemann, 'Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität' (1988) NJW 1169, 1171.

⁵³ Ehrhardt (n. 22) 33.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 10/318, 1 (41); Hartan (n. 17) S. 41 ff.

⁵⁵ Hetzer (n. 26) 75, 77.

⁵⁶ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 26.

⁵⁷ Laue (n. 40) 339, 343; Hans Achenbach, 'Ausweitung des Zugriffs bei den ahnenden Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz' (2002) wistra 441, 443 ff.; Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 29 ff.

Novelle vom 26.06.2013 wurden erneut Änderungen in Bezug auf § 30 OWiG eingeführt. Die wichtigste betraf den Bußgeldrahmen dieser Norm, welche erneut in verzehnfachter Form angehoben wurde. Nach § 30 OWiG in der ab dem 26.06.2013 geltenden Fassung beträgt die Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat nunmehr bis zu 10 Millionen Euro (statt wie zuvor bis zu 1 Million Euro) und im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu 5 Millionen Euro (statt wie zuvor bis zu 500.000 Euro).⁵⁸

Trotz der immer wieder neu entfachten Diskussionen im Laufe der Jahre um die Frage der Einführung einer Strafbarkeit von juristischen Personen, hat sich eine solche Ansicht bis zum heutigen Tage nicht durchgesetzt. Festgehalten wird vielmehr immer noch an der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG als Möglichkeit der Sanktionierung von juristischen Personen. Im Ganzen wird § 30 OWiG als Kompromisslösung verstanden, mit dessen Hilfe die Unternehmensdelinquenz sanktioniert werden kann, ohne dabei das Individualstrafrecht als solches zu verletzen.⁵⁹

V. DIE SANKTIONIERUNG DES UNTERNEHMENS GEMÄSS § 30 OWiG

A. Der Zweck des § 30 OWiG

Der wichtigste Zweck des § 30 OWiG besteht in der Gewährleistung der Gleichbehandlung von natürlichen Personen und Verbänden bzw. juristischen Personen. Ohne die Möglichkeit der Verhängung einer Verbandsgeldbuße wäre die juristische Person ggr. der natürlichen Person bessergestellt. „So kann z.B. gegen einen Einzelunternehmer, der unter Verletzung der ihm obliegenden Pflichten als Unternehmer eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit selbst begeht, die Strafe oder Geldbuße unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts seines Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten oder beabsichtigten Vorteile festgesetzt werden, während bei einer entsprechenden Pflichtverletzung durch das Organ einer juristischen Person die Strafe oder Geldbuße nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse festgesetzt werden“ könnte. „Die hiernach zulässige Strafe oder Geldbuße würde vielfach in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat stehen und weder geeignet sein, die der juristischen Person zugeflossenen

⁵⁸ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 31.

⁵⁹ Hartan (n. 17) S. 42.

Gewinne abzuschöpfen noch die Erzielung solcher Gewinne zu bekämpfen.”⁶⁰ Die Verbandsgeldbuße bezweckt damit, dass sich die juristische Person, der die Vorteile durch die in ihrem Interesse begangenen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zugeflossen sind, ebenso wenig wie eine natürliche Person den Sanktionen als Folge der Zuwiderhandlung entziehen kann.⁶¹ Mit Hilfe des § 30 OWiG sollen den Verbänden die Vorteile abgeschöpft werden, die ihnen durch bestimmte Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ihrer Repräsentationsorgane zugeflossen sind.⁶² Dem § 30 OWiG werden neben repressiven auch präventive Zwecke zugeschrieben. So sollen die Mitglieder des Verbandes der drohenden Geldbußen dazu veranlasst werden, ihre Repräsentanten sorgfältig auszuwählen und sie auch im Hinblick auf die Rechtstreue zu überwachen.⁶³ Den Repräsentanten soll wiederum ins Bewusstsein gerufen werden, dass Zuwiderhandlungen nicht nur für sie selbst, sondern insbesondere auch für den Verband nachteilige Folgen haben können. Die Repräsentanten sollen insofern vor möglicher Begehung von Rechtsbrüchen in Unternehmen abgehalten werden.⁶⁴ Im Ganzen ist schließlich hervorzuheben, dass die Geldbuße nach § 30 OWiG eine Kombination aus einem Ahndungs- sowie einem Abschöpfungsanteil darstellt.⁶⁵

B. Die Voraussetzungen des § 30 OWiG

1. Anknüpfungstat der natürlichen Person als Repräsentant seines Verbandes

Die erste Voraussetzung für die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person bzw. Personenvereinigung im Rahmen des § 30 OWiG knüpft daran an, dass „jemand“, also eine natürliche Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben muss. Der Täter muss den Tatbestand

⁶⁰ Siehe BT-Drs. V/1269, S. 59; Hans Többens, ‘Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten’ (1999) NStZ 1, 8.

⁶¹ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr.17.

⁶² Többens (n. 60) 1, 7; Laue (n. 40) 339, 342; Förster (n. 36) Vor para 30 Rdnr. 8; Gerd Eidam, ‘Die Verbandsgeldbuße des § 30 Abs. 4 OWiG - eine Bestandsaufnahme’ (12/2003) wistra 447, 448.

⁶³ Förster (n. 36) Vor para 30 Rdnr. 8.

⁶⁴ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr.16; Förster (n. 36) Vor para 30 Rdnr. 8.

⁶⁵ Matthias Korte, ‘Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2005 -’ (2007) NStZ 21, 22; Carsten Wegner, ‘Ist § 30 OWiG tatsächlich der „Königsweg“ in den Banken-Strafverfahren?’ (2001) NJW 1979, 1983.

einer Straftat rechtswidrig und schuldhaft bzw. den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit rechtswidrig und vorwerfbar verwirklicht haben. Eine nicht schuldhaft oder nicht vorwerfbar verwirklichte Straftat oder Ordnungswidrigkeit schließen den Anwendungsbereich des § 30 OWiG von vornherein aus.⁶⁶ Ferner muss die Anknüpfungstat ausermittelt und auf diese Weise nachgewiesen worden sein. Eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a Strafprozeßordnung (StPO) unter Erfüllung von Auflagen ist demgegenüber unzureichend, da in diesen Fällen eben keine Ausermittlung der Tat stattgefunden hat. Zu bemerken ist aber, dass auch im Falle einer Einstellung nach § 153a StPO eine Geldbuße dennoch verhängt werden kann, sofern die Anknüpfungstat im Rahmen des selbständigen Verfahrens nach § 30 IV OWiG festgestellt wird. Auch diese erfordert eine volldeliktisch verwirklichte Tat.⁶⁷ Nach § 30 I Nr. 1 bis 5 OWiG muss die natürliche Person ferner in ihrer Eigenschaft als „vertretungsberechtigtes Organ“ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1); als „Vorstand“ eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes (Nr. 2); als „vertretungsberechtigter Gesellschafter“ einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 3); als „Generalbevollmächtigter“ oder „in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter“ einer Juristischen Person oder einer in Nr. 2 und Nr. 3 genannten Personenvereinigung (Nr. 4) oder als „sonstige Person“, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nr. 2 oder Nr. 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, einschließlich der Überwachung der Geschäftsführung oder der sonstigen Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung (Nr. 5) gehandelt haben. Während der taugliche Täterkreis in den Fällen des § 30 I Nr. 2 bis 5 OWiG eindeutig feststeht, ist dies im Fall des § 30 I Nr. 1 OWiG aufgrund der unterschiedlichen Gesellschaftsformen juristischer Personen herzustellen.

Vertretungsberechtigtes Organ oder Organmitglied der juristischen Person können folgende Personen sein: Im Falle der GmbH ist die Geschäftsführung das vertretungsberechtigte Organ, §§ 6, 35 GmbHG, wobei hierzu die Gesellschafter oder auch dritte Personen zählen. Die stellvertretenden Geschäftsführer zählen

⁶⁶ Karl Brenner, *Ordnungswidrigkeitenrecht, Lern- und Arbeitsbuch für Studenten der Fachhochschulen und Praktiker* (Vahlen Verlag 1996) 180.

⁶⁷ Florian Modlinger, *Brauchen wir zur Korruptionsbekämpfung ein Unternehmensstrafrecht?* (Dr. Kovac Verlag 2010) 276.

ebenfalls zu den Organen der GmbH, § 44 GmbHG. Die Genossenschaft wird dagegen nach § 24 GenG durch ihren Vorstand vertreten, der aus ordentlichen und stellvertretenden Mitgliedern besteht, § 35 GenG. Auch die Aktiengesellschaft wird durch ihren Vorstand vertreten, §§ 78, 82 AktG, wobei seine Mitglieder nach § 94 AktG auch die stellvertretenden Vorstandsmitglieder - einschließlich des vom Gericht nach § 85 AktG bestellten Vorstandsmitgliedes sowie die nach § 30 BGB bestellten besonderen Vertreter - sind. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien verfügt demgegenüber an Stelle eines Vorstandes über persönlich haftende Gesellschafter, §§ 282, 283 AktG. Der eingetragene Verein gemäß § 21 BGB wird nach § 26 BGB ebenfalls durch ihren Vorstand vertreten, wobei vertretungsberechtigtes Organ nach § 30 BGB auch besondere Vertreter sein können. Gleiches hat auch für privatrechtliche Stiftungen zu gelten. Dies ergibt sich aus § 86 BGB, nach dem die Vereinsregelungen auf privatrechtliche Stiftungen entsprechend Anwendung finden. Die Organstruktur juristischer Personen des öffentlichen Rechts wird maßgeblich durch Gesetz oder durch eigenes Satzungsrecht festgelegt.⁶⁸

2. Verletzung von Pflichten oder verwirklichte oder beabsichtigte Bereicherung

Desweiteren wird gem. § 30 I OWiG vorausgesetzt, dass durch die verwirklichte Straftat oder Ordnungswidrigkeit seitens einer natürlichen Person, welche der obigen Kategorie zuzuordnen ist, entweder Pflichten verletzt worden sein müssen, welche die juristische Person oder Personenvereinigung treffen (§ 30 I S. 1 Alt. 1 OWiG) oder die juristische Person oder Personenvereinigung durch die Tat bereichert oder ihre Bereicherung zumindest beabsichtigt werden sollte (§ 30 I S. 1 Alt. 2 OWiG). Zu einer solchen Pflichtverletzung zählt stets die Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben oder Unternehmen nach § 130 OWiG sowie insbesondere die sog. betriebsbezogene Pflichtverletzung.⁶⁹ Betriebsbezogen sind insbesondere die Pflichten, die nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit dem Wirkungskreis der juristischen Person bzw. Personenvereinigung bestehen und diese als Normadressaten treffen,⁷⁰ z.B. als Arbeitgeber, als Veranstalter, Inhaber einer

⁶⁸ Förster (n. 36) para 30 Rdnr. 12 ff.; Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 62 ff.

⁶⁹ Franz Gürtler in Erich Göhler (ed), *Ordnungswidrigkeitengesetz* (15. Auflage, C.F. Beck Verlag 2009) para 30 Rdnr. 17 f.

⁷⁰ Günter Rosenkötter, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten* (6. Auflage, Richard Boorberg Verlag 2002) 158.

Verkaufsstelle, als Erzeuger oder Verteiler einer Ware.⁷¹ Die Pflichtverletzung ist zwar keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Bereicherung bzw. Bereicherungsabsicht, ist aber regelmäßig auch gegeben. Die Bereicherung zielt begrifflich auf alle Vermögensvorteile sowie soweit wertmäßig messbar, auch auf mittelbare Besserstellungen ab.⁷²

3. Rechtsfolge

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 OWiG „kann“ gegen die juristische Person oder Personenvereinigung eine Geldbuße festgesetzt werden. Die Festsetzung der Geldbuße erfolgt damit nach pflichtgemäßem Ermessen.⁷³ Ihre Höhe bemisst sich nach den §§ 30 II, III, 17 IV OWiG.

4. Die Bemessung der Geldbuße

Die Bemessung der konkreten Höhe der Geldbuße lässt sich dabei in drei Verfahrensabschnitte einteilen. In einem ersten Schritt ist der abstrakte Sanktionsrahmen für die zu sanktionierende Ordnungswidrigkeit zu bestimmen. Im Anschluss hieran erfolgt in einem zweiten Schritt die konkrete Zumessung der Geldbuße, wonach in einem dritten und letzten Schritt die Geldbuße unter Berücksichtigung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils nach § 30 III i.V.m. § 17 IV OWiG zuzumessen ist.⁷⁴

a. Abstrakter Sanktionsrahmen

Der Sanktionsrahmen der Geldbuße richtet sich nach §§ 30 II OWiG: Im Falle eines Vorsatzdeliktes beträgt der Höchstbetrag der Geldbuße seit 2013 10 Million Euro (S. 1 Nr.1) und im Falle eines Fahrlässigkeitsdeliktes 5 Million Euro (S. 1 Nr. 2). Handelt es sich bei der Anknüpfungstat um eine Ordnungswidrigkeit ist die Obergrenze der Geldbuße der Bußgeldnorm zu entnehmen, deren Tatbestand durch die Tat verwirklicht wurde, § 30 II S. 2 OWiG.⁷⁵

⁷¹ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 91.

⁷² Joachim Bohnert, *OWiG Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht* (3. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010) para 30 Rdnr. 36 ff.

⁷³ Ehrhardt (n. 22) 37.

⁷⁴ Wegner, '§ 30 OWiG' (n. 65) 1979, 1979; Carsten Wegner, 'Die Auswirkungen fehlerhafter Organisationsstrukturen auf die Zumessung der Unternehmensgeldbuße' (10/2000) *wistra* 361, 362.

⁷⁵ „Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße nach Satz 2 für die im Gesetz bezeichneten Tatbestände“, § 30 II S. 2 OWiG.

b. Konkrete Zumessung der Geldbuße

Die Grundlage für die konkrete Zumessung der Geldbuße im Rahmen des zuvor festgestellten Sanktionsrahmens bilden gemäß § 17 III OWiG die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit, der den Täter treffende Vorwurf sowie dessen wirtschaftliche Verhältnisse. Zwar lässt sich in § 30 OWiG keinerlei Verweis auf die Regelung des § 17 III OWiG finden. Anzuführen ist aber, dass die Praxis die allgemeinen Zumessungsgrundsätze des § 17 III OWiG nicht nur im Rahmen der Bemessung der Geldbuße gegen natürliche Personen, sondern auch im Rahmen der Bemessung der Verbandsgeldbuße anwendet.⁷⁶ Da die unternehmensbezogene Zuwiderhandlung aber eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellen kann, bedarf es eines Korrektivs derart, dass der Begriff der „Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“ in § 17 III OWiG als „Bedeutung der Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ zu verstehen ist. Der Vorwurf, der den Täter trifft, ist derjenige Vorwurf, der sich gegen den Täter der Bezugstat richtet. Bei den wirtschaftlichen Verhältnissen dagegen handelt es sich um diejenigen des Verbandes und nicht etwa um die des Täters der Bezugstat.⁷⁷ So darf die Geldbuße niemals ruinösen Charakter haben; die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens muss im Rahmen der Bemessung der Geldbuße immer vor Augen gehalten werden.⁷⁸ Für die Beurteilung der Bedeutung der Zuwiderhandlung (Straftat oder Ordnungswidrigkeit) sind der Unrechtsgehalt der Tat, Gewicht und Ausmaß der Pflichtverletzung, deren Häufigkeit sowie die Schwere des Schadens und die weiteren Auswirkungen des Verstoßes maßgeblich.⁷⁹

c. Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils

Im letzten Zumessungsschritt in Form der Möglichkeit der Abschöpfung des „wirtschaftlichen Vorteils“, der seine Grundlage in § 30 III i.V.m. § 17 IV OWiG findet, ist schließlich zu entscheiden, ob dem Unternehmen mit der Geldbuße zugleich auch der durch die Anknüpfungstat erlangte wirtschaftliche Vorteil entzogen wird. Wichtig ist bei diesem Schritt darauf zu achten, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen aus der Tat gezogen hat, überschreiten muss. Reicht das gesetzliche Höchstmaß des Bußgeldrahmens hierzu

⁷⁶ Wegner, 'Zumessung der Unternehmensgeldbuße' (n. 74) 361, 362.

⁷⁷ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 134.

⁷⁸ Schwinge (n. 19) 68.

⁷⁹ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 136.

nicht aus, so kann es überschritten werden. Die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils i.S.d. § 30 III i.V.m. § 17 IV OWiG, der auch als Gewinnabschöpfung bezeichnet wird,⁸⁰ erscheint mit der Geldbuße in einer Summe. Im Bußbescheid oder z.B. im Aktenvermerk sollte erkennbar aufgeführt werden, welcher Betrag die reine Geldbuße und welcher Betrag den Gewinnabschöpfungsbetrag darstellt.

Die Frage, wie die wirtschaftlichen Vorteile im Einzelnen zu ermitteln sind, ist zwar umstritten.⁸¹ Unstreitig scheint jedenfalls der gemeinsame Ansatz: das sog. „Nettoprinzip“ bildet das Fundament der Diskussion um die wirtschaftlichen Vorteile.⁸² Zu saldieren sind also nicht nur die bilanziell erfassten Güter, sondern alle aus der Bezugstat stammenden Vorteile wirtschaftlicher Art. Unter die wirtschaftlichen Vorteile werden demnach nicht nur der Gewinn bzw. der Erlös, wie Entgelte und Einnahmen subsumiert, sondern auch bspw. die Verbesserung der Marktposition⁸³, die teilweise oder völlige Verdrängung der Konkurrenz vom Markt⁸⁴ sowie Gebrauchsvorteile.⁸⁵ Vom wirtschaftlichen Vorteil sind dann alle aufgewendeten Kosten (Aufwendungen), wie etwa Einkaufs- und Transportkosten, Kurierlöhne, Transaktionskosten sowie Spesen⁸⁶ abzuziehen.⁸⁷ Das, was dem Täter am Ende nach Abzug der Kosten verbleibt, kennzeichnet den „Netto-Vorteil“.⁸⁸ Zu beachten ist weiterhin noch, dass - soweit eine Berechnung möglich ist - auch der auf die illegalen Gewinne entfallende Anteil an den Einkommen-, Körperschafts- oder Gewerbesteuern abzugsfähig ist.⁸⁹ Sofern der Abzug der

⁸⁰ Karl Brenner, 'Gewinnabschöpfung, das unbekannte Wesen im Ordnungswidrigkeitenrecht' (1998) NStZ 557, 557.

⁸¹ Andre Große Vorholt, *Wirtschaftsstrafrecht Risiken-Verteidigung-Prävention* (2. Auflage, RWS Verlag 2007) S. 61.

⁸² Große Vorholt (n. 81) 61; Brenner, *Ordnungswidrigkeitenrecht* (n. 66) 176; Wolfgang Mitsch, para 17 kenar. no. 119 in Wolfgang Mitsch (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (5. Auflage, C.H. Beck Verlag 2018).

⁸³ BayObLG, Beschl. vom 2. 1. 1998 - 3 ObOWi 143-97, NJW 1998, 2461 (2462); Große Vorholt (n. 81) 61.

⁸⁴ Brenner, 'Gewinnabschöpfung' (n. 80) 557, 557.

⁸⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. vom 30. 12. 1974 - 3 Ss (B) 117/74, NJW 1975, 793 (793).

⁸⁶ Große Vorholt (n. 81) 62.

⁸⁷ Karl Brenner, 'Das Bruttoprinzip gilt für den Einzeltäter und für Unternehmen, nicht nur für den unschuldigen Täter oder Dritten' (2004) NStZ 256, 257; Große Vorholt (n. 81) 61.

⁸⁸ Brenner, 'Das Bruttoprinzip' (n. 87) 256, 257.

⁸⁹ Große Vorholt (n. 81) 62.

ertragssteuerlichen Belastung aus Versehen unterleibt oder die Berechnung derzeit nicht möglich ist, ist zu berücksichtigen, dass der Abschöpfungsteil später steuermindernd geltend gemacht werden kann.⁹⁰ Nach § 4 V S. 1 Nr. 8 EStG dürfen Geldbußen, die von einem Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder von Organen der Europäischen Gemeinschaften festgesetzt worden sind, zwar nicht als gewinnmindernde Betriebsausgaben in Abzug gebracht werden, so dass insofern das Abzugsverbot gilt. In Bezug auf die Geltung des Abzugsverbotes muss im Rahmen des § 30 OWiG allerdings zwischen dem Ahndungs- sowie dem Abschöpfungsteil der Geldbuße unterschieden werden. Während das Abzugsverbot für den Ahndungsteil uneingeschränkt gilt, gilt das Abzugsverbot für den Abschöpfungsteil nur dann, wenn bei der Berechnung des Vermögensvorteils die darauf entfallende ertragsteuerliche Belastung berücksichtigt worden ist.⁹¹ Schließlich muss beachtet werden, dass hypothetische Gewinne außer Betracht bleiben müssen. Es bedarf nur der Feststellung, ob der Täter den Vorteil tatsächlich gezogen hat. „Hinwegzudenken ist das rechtswidrige Verhalten, nicht jedoch ist ein legales Verhalten, das ja tatsächlich nicht stattgefunden hat, hinzuzudenken“.⁹²

Es stellt sich nun insbesondere die Frage, ob gerade die Informationen, die für die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils erforderlich sind, in der Regel überhaupt verfügbar sind. Führt man sich bspw. den Abgas-Skandal der Volkswagen Aktiengesellschaft vor Augen, so müsste man zum Zwecke der Errechnung des wirtschaftlichen Vorteils herausbekommen können, anhand eventuell welcher rechtswidrig getätigten Geschäfte sie Gewinne in welcher Höhe erzielt hat. Zuzugestehen ist zwar, dass gerade Großunternehmen verpflichtet sind, alle nötigen Vorgänge im Unternehmen zu dokumentieren. So gehört es zu der Aufgabe der Buchführung alle wichtigen Vorgänge und finanziellen Transaktionen des Unternehmens fortlaufend und systematisch zum Zwecke auch ihrer Nachvollziehbarkeit zu einem späteren Zeitpunkt aufzuzeichnen.⁹³

Durch eine Analyse der Buchführung wäre es insofern möglich, die für die Berechnung des erwirtschafteten Gewinns notwendigen Informationen durchaus

⁹⁰ Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 143; Wegner, § 30 OWiG' (n. 65) 1979, 1983.

⁹¹ Vgl. Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 157 ff.

⁹² Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 144.

⁹³ Modlinger (n. 67) 99.

herauszubekommen. Gleichzeitig ist aber zuzugeben, dass solche Analysen gerade in Großunternehmen eine sehr zeit- und kostenaufwendige und schwierige Prozedur darstellen würden, die überdies die juristische Kompetenz übersteigt und der Expertise von Betriebswirten bedürfte. Aus diesem Grund muss vermutet werden, dass ein solcher Weg in der Regel nicht eingeschlagen wird und vielmehr der Weg in Form der Schätzung des erwirtschafteten Vorteils bevorzugt wird. Dies bestätigte auch der Beschluss des LG München I vom 4.10.2007 gegen die Siemens AG. So verurteilte das Landegericht das Unternehmen - dessen ehemaliger kaufmännischer Leiter sich als Mittäter in 77 Fällen zum Zwecke der Auftragserlangung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar gemacht hatte - zu der gemäß § 30 OWiG in der vor dem 30.06.2013 geltenden Fassung höchstzulässigen Geldbuße von 1.000.000 € und schöpfte ihr gleichzeitig die geschätzten 200.000.000 € an Gewinn ab.⁹⁴

Zwar enthält § 17 IV OWiG keine ausdrückliche Schätzungsbefugnis. Nach überwiegender Meinung steht einer solchen Schätzung im Rahmen des § 17 IV OWiG allerdings nichts entgegen.⁹⁵ Zu beachten ist lediglich, dass eine Schätzung in solchen Fällen verboten ist, in denen Ermittlungsansätze erkennbar sind, die in einer dem Verfahren angemessenen Zeit und unter einem dem Verfahren angemessenen Kostenaufwand durchführbar sind und eine Einzelfallermittlung oder genauere Schätzung von Art und Umfang des Vermögenszuwachses ermöglichen würden.⁹⁶

Obwohl hypothetische Gewinne außer Betracht zu bleiben haben, ist im Ergebnis doch festzuhalten, dass das ganze Gebäude einer Zumessung des wirtschaftlichen Vorteils in sich zusammenfällt und zu einer bloßen Schätzung wird. Die Frage, was gewesen wäre, wenn man nicht zu dem rechtswidrigen Verhalten (bspw. Schmiergeldzahlungen) gegriffen hätte und ob der wirtschaftliche Vorteil auch bei einem rechtmäßigen Verhalten erwirtschaftet

⁹⁴ Beschl. zitiert bei: Claus Scholl, 'Strategisches Management zwischen Recht und Markt: Zur Kontrolle des Managements in Kapitalgesellschaften-Eine rechtsökonomische Analyse' in Uwe Götze und Rainhart Lang (eds), *Strategisches Management zwischen Globalisierung und Regionalisierung* (Gabler Edition Wissenschaft Verlag 2008) 136.

⁹⁵ OLG Hamm, Beschl. vom 12. Februar 2003 - 4 Ss OWi 933/02, (2003) wistra 238; BGH, Beschl. vom 24. April 1991 - KRB 5/90, (1991) wistra 268; BayObLG, Beschl. vom 25. April 1995 - 3 ObOWi 11/95, (1995) wistra 360; Gürtler (n. 69) para 30 Rdnr. 36a; Mitsch (n. 82) para 17 Rdnr. 124.

⁹⁶ Manfred Büttner, *Ermittlung illegaler Vermögensvorteile: Abschöpfung im Strafund Ordnungswidrigkeitenverfahren* (1. Auflage, Richard Boorberg Verlag 2005) 99.

worden wäre, kann schlichtweg nicht beantwortet und auch nicht bewiesen werden. Insofern muss hier festgestellt werden, dass § 30 OWiG kein tragbares Instrument für die Berechnung des Abschöpfungsbetrages darstellt. Es kann eben zu wenig oder sogar zu viel abgezogen werden, weil konkrete Parameter fehlen.

C. Das Verfahren zur Festsetzung einer Geldbuße

Die Verhängung der Verbandsgeldbuße und die Sanktionierung des Repräsentanten des Verbandes erfolgen grundsätzlich gemeinsam im „verbundenen Verfahren“ (§§ 30 I, 88 I OWiG, § 444 StPO). Je nachdem, ob es sich bei der Anknüpfungstat um eine Ordnungswidrigkeit oder eine Straftat handelt, liegt die Zuständigkeit entweder bei der Verwaltungsbehörde oder beim Gericht.⁹⁷ Die Verbandsgeldbuße wird dabei zusammen mit der Strafe oder Geldbuße gegen den Täter der Anknüpfungstat in einem einheitlichen Urteil oder Bußgeldbescheid festgesetzt. Getrennte Verfahren gegen den Verband und dessen Repräsentanten sind demgegenüber nicht zulässig.⁹⁸

Eine unternehmensbezogene Geldbuße im „selbständigen Verfahren“ kommt dagegen ausnahmsweise nur unter den Voraussetzungen des § 30 IV 1 OWiG in Betracht, sofern das Straf- oder Bußgeldverfahren wegen der Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit nicht eingeleitet, wieder eingestellt oder von Strafe abgesehen worden ist.

Da die Verbandsgeldbuße von einem Verfahren gegen den Täter der Anknüpfungstat losgelöst ist, ist ferner auch dessen Individualisierung nicht notwendig. Eine Verhängung der Verbandsgeldbuße ist bereits dann möglich, wenn sichergestellt werden kann, dass die Anknüpfungstat durch eine der in § 30 I OWiG gekennzeichneten Repräsentanten begangen worden ist. § 30 OWiG ermöglicht damit sogar die Verhängung einer „selbständigen“ und „anonymen“ Verbandsgeldbuße.⁹⁹ Damit hat der Gesetzgeber einen Weg geschaffen, dem Problem des Nachweises einer individuellen Verantwortlichkeit zu entgehen.¹⁰⁰

⁹⁷ Carsten Wegner, *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen* (Peter Lang Verlag 2000) 107.

⁹⁸ Wolfgang Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten* (2. Auflage, Springer Verlag 2005) para 16 Rdnr.16.

⁹⁹ Claudio Kirch-Heim, *Sanktionen gegen Unternehmen, Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten* (Duncker & Humblot Verlag 2007) 22.

¹⁰⁰ Maren Bettina Napp, *Unternehmensstrafbarkeit und Unternehmenskuratel* (Wissenschaftlicher Verlag 2006) 58.

D. Die Wirkung und mögliche Defizite der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG

Der Gesetzgeber hat sich im Laufe der Jahre bemüht, die entsprechenden Lücken des § 30 OWiG nachzubessern und zu ergänzen, so insbesondere mit der Erweiterung des Täterkreises durch die Schaffung des § 30 I Nr. 5 OWiG, welches sicherlich zur Verbesserung des Rechtsschutzes beigetragen hat.

Fraglich ist aber dennoch, ob § 30 OWiG im Ganzen nun eine abschließende und wirkungsvolle Sanktionsmöglichkeit gegen das Unternehmen darstellt. Zur Klärung dieser Frage bedarf es des Eingehens auf die Wirkung des § 30 OWiG sowie auf mögliche Defizite dieser Norm.

1. Präventivwirkung

Sofern mit der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG klar gemacht werden kann, dass die Begehung von Wirtschaftsstraftaten sich nicht lohnt, ist eine präventive Wirkung gegeben. Durch die Geldbuße wird das Unternehmen mit dem Ziel der internen Steuerung dazu veranlasst, dass es der Verwirklichung von Straftaten durch organisatorische und unternehmenspolitische Maßnahmen entgegenwirkt. Auch auf die potenziellen Täter der Anknüpfungstat hat die Verbandsbuße eine Abschreckungsfunktion, da ihnen eine Rechtfertigung aufgrund der Tatbestandsverwirklichung im Interesse des Unternehmens kaum gelingen wird und sie auch negative berufliche Konsequenzen zu befürchten haben.¹⁰¹

Selbstverständlich liegt es auf der Hand, dass eine durch die 8. GWB-Novelle erfolgende verzehnfachte Anhebung der Geldbuße des § 30 OWiG im Gegensatz zu der Gesetzeslage vor dem Juni 2013 im Allgemeinen eine viel größere Abschreckung für Unternehmen entfalten dürfte. Insofern wäre es verfehlt, dem Gesetzgeber von Juni 2013 diesbezüglich generell ein verdientes Lob zu verwehren. Führt man sich aber vor Augen, dass die Geldbuße trotz der Anhebungen des Bußgeldrahmens heute höchstens 10 Million Euro betragen darf, wird deutlich, dass auch diese Summe zumindest für Großunternehmen unter dem Gesichtspunkt der erwirtschafteten finanziellen Gewinne in den Jahren zuvor im Grunde genommen keine allzu große Abschreckung darstellen kann. Im Zweifel wird auch diese Geldbuße aufgrund der im Laufe der Jahre erhaltenen Gewinne zu verkraften sein.¹⁰²

¹⁰¹ Kirch-Heim (n. 99) 70.

¹⁰² Schwinge (n. 19) 69.

Im Grunde genommen ist die Geldbuße nach § 30 OWiG damit - sofern die wirtschaftlichen Vorteile abgeschöpft werden - im Ganzen lediglich als Gewinnabschöpfungsmittel und nicht etwa als das tatsächliche Sanktionsmittel zu sehen. Je höher der Abschöpfungsbetrag ist, desto geringer wird die Abschreckungswirkung sein. Im Falle von sehr hohen wirtschaftlichen Vorteilen, wird die Geldbuße im Ganzen nur zur Wiederherstellung des „status quo ante“ führen. Aus alledem folgt, dass die Präventivwirkung der Geldbuße mithin nur dann erhöht werden kann, wenn der Bußgeldrahmen der Geldbuße entsprechend „hoch“ bemessen wird.¹⁰³

Für die Vergabe einer angemessen hohen Geldbuße ist bspw. der Vorschlag zu unterbreiten, einen prozentualen Anteil des in einem bestimmten Zeitraum erzielten Jahresumsatzes des Unternehmens als Obergrenze für den Bußgeldrahmen zu wählen. Im Gegensatz zu einer pauschalen Summe als Obergrenze eines Bußgeldes könnte die Geldbuße auf diese Weise auf die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens angepasst werden. Eine den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens angepasste Buße hätte folglich eine stärkere Abschreckungswirkung. Sobald die Unternehmen merken, dass sich Wirtschaftsstraftaten nicht lohnen, werden sie diese zu vermeiden suchen. Zu achten ist aber stets auf das notwendige Augenmaß der Bußgeldhöhe, um insbesondere keine für das Unternehmen existenzgefährdende Wirkung zu erzielen.¹⁰⁴ Denn wird das Unternehmen insolvent, so dass es die Geldbuße nicht bezahlen kann, wird eine Verhaltensänderung des Unternehmens in der Regel nicht mehr erreicht werden können.¹⁰⁵ Zweifelhaft erscheint jedoch auch die Präventivwirkung der Individualsanktion. Diese wird insbesondere in jenen Fällen gemildert, in denen das Unternehmen eine zu begleichende Geldstrafe ggr. dem Täter der Anknüpfungstat übernimmt oder ihm für eine ggf. erlittene Freiheitsstrafe sogar Vergünstigungen gewährt, weil der Täter die Zuwiderhandlung im Interesse des Unternehmens verwirklicht hat und diesem dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt hat.¹⁰⁶ Durch eine am Jahresumsatz orientierte Bußgeldhöhe würde aber auch die Präventivwirkung einer Individualsanktion steigen, die ansonsten in jenen Fällen gemildert wäre.

¹⁰³ Modlinger (n. 67) 292.

¹⁰⁴ Kirch-Heim (n. 99) 92.

¹⁰⁵ Hans-Jürgen Schroth, 'EG-Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen' (1984) wistra 164, 166.

¹⁰⁶ Napp (n. 100) 55.

Um § 30 OWiG eine stärkere Präventivwirkung zumessen zu können, könnte man schließlich überlegen, auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils das „Brutto-Prinzip“, statt wie zuvor den unstreitigen „Netto-Prinzip-Ansatz“ anzuwenden.

2. Opportunitätsprinzip

Ein mögliches Sanktionsdefizit könnte ferner darin zu erblicken sein, dass die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 47 OWiG im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde liegt. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen. Aufgrund der „kann“-Formulierung unterliegt das OWiG und damit auch § 30 OWiG dem Opportunitätsprinzip. Die Verfolgungsbehörden sind also, anders als im Strafverfahren, das grundsätzlich dem Legalitätsprinzip nach § 152 II StPO unterliegt, nicht zur Einleitung eines Bußgeldverfahrens oder zur Ahndung verpflichtet.¹⁰⁷ Im Gegensatz zu Kriminalstraftaten unterliegt das Ordnungswidrigkeitenrecht dem Opportunitätsprinzip, da Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zu Straftaten die Rechtsordnung weniger gefährden und einen geringeren Unrechtsgehalt aufzeigen. Da aber Anknüpfungstat des § 30 OWiG neben einer Ordnungswidrigkeit auch eine unternehmensbezogene Straftat sein kann, wird vorgebracht, dass es widersprüchlich erscheine, das Opportunitätsprinzip auch in diesen Fällen dennoch anzuwenden. Denn schließlich sind die Straftaten im StGB geregelt und das deutsche Strafrecht als sog. Individualstrafrecht unterliegt durchgehend dem Legalitätsprinzip nach §§ 152 II, 170 I StPO.¹⁰⁸ Zu beachten ist allerdings, dass auch das Legalitätsprinzip infolge den Einstellungsmöglichkeiten des Strafverfahrens nach den §§ 153 ff. StPO durchbrochen werden kann und in extrem vielen Fällen auch durchbrochen wird.¹⁰⁹ Die Qualifizierung zu einer Straftat führt nicht unbedingt zu einer Anklage und Verurteilung des Täters. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass zwischen dem Opportunitätsprinzip des OWiG sowie dem Legalitätsprinzip der StPO nur ein geringer Unterschied besteht.¹¹⁰ Dass § 30 OWiG dem Opportunitätsprinzip unterliegt, kann mithin kein Sanktionsdefizit darstellen.

¹⁰⁷ Mitsch (n. 82) para 47 Rdnr. 2.

¹⁰⁸ Kirch-Heim (n. 99) 93 ff.

¹⁰⁹ Hans Heiner Kühne, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts* (8. Auflage, C.F. Müller Verlag 2010) Rdnr. 583 m.w. Nachw.

¹¹⁰ Korte, *Juristische Personen* (n. 4) 34 ff.

Allgemein ist aber anzumerken, dass aus rechtsstaatlicher Perspektive das Opportunitätsprinzip ggr. dem Legalitätsprinzip abfällt. Es besteht immer die Gefahr, dass die Wahrheitsfindung und die ihr entsprechende gerechte Sanktion zu Gunsten eines ausgehandelten Freikaufens missbraucht werden. Das kann in Wirtschaftssachen durchaus auch zu Lasten der Betriebsangehörigen gehen.

3. Anonyme Verbandsgeldbuße

Durch die Streichung des Begriffes „Nebenfolge“ wurde das selbständige Verfahren gegen juristische Personen zwar eingeführt, welches insbesondere dann in Betracht zu ziehen ist, wenn der Täter der Anknüpfungstat nicht ermittelt werden kann. Es ist dann die Rede von einer „selbständigen“ und „anonymen“ Verbandsgeldbuße gegen das Unternehmen, die der Gesetzgeber in § 30 IV OWiG für zulässig erklärt hat. Zu begrüßen ist dies insofern, als ein solcher Weg durchaus zur Erleichterung der Beweisführung¹¹¹ sowie zur Entlastung der Ermittlungsbehörden führen kann. Denn vor allem bei einem schwierigen Tatnachweis hinsichtlich der Tat des Individualtäters steht eine Einstellung aus Opportunitätsgründen der Ahndung des Unternehmens nicht entgegen.¹¹² Aber gerade hier stellt sich das zentrale Problem einer „anonymen“ Verbandsgeldbuße.

Damit ein Verfahren nach § 153a StPO eingestellt werden kann, muss zwar eine der in § 153a I Nr. 1 bis 4 StPO bezeichneten Auflagen oder Weisungen geeignet sein, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen. In Bezug auf die Schwere der Schuld reicht es aber aus, dass lediglich ein hinreichender Tatverdacht vorhanden ist, wobei sich dieser auf den gesamten einzustellenden Tatkomplex in den nach § 153a StPO erforderlichen Verdachtsstufe beziehen muss.¹¹³ Zur Anwendung des § 30 IV OWiG bedarf es jedoch des Nachweises einer rechtswidrig und schuldhaft verwirklichten Anknüpfungstat durch den potentiellen Täter. Kann der Täter der Anknüpfungstat nicht ermittelt werden, ist folgerichtig die Erbringung des Nachweises des subjektiven Tatbestandes der Tat nicht möglich. Auch wenn ein konkreter Täter nicht ermittelt werden muss,

¹¹¹ Schönemann (n. 42)164.

¹¹² Modlinger (n. 67) 289.

¹¹³ Lutz Meyer-Goßner und Bertram Schmitt, *Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (58. Auflage, C.H. Beck Verlag 2015) para 153a Rdnr. 7.

ist für die Festsetzung einer unternehmensbezogenen Geldbuße unabdingbare Voraussetzung, eine schuldhaft Anknüpfungstat aller potentiellen Täter nachzuweisen.¹¹⁴ Insofern kann eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO die Festsetzung einer unternehmensbezogenen Geldbuße nicht rechtfertigen.¹¹⁵ Die anonyme Verbandsgeldbuße verliert praktisch an Bedeutung und wirft die gleichen Schwierigkeiten in Hinblick auf die Zurechnung und Beweisbarkeit der Tat auf, die sich auch im Rahmen der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität stellen.¹¹⁶

4. Einordnung der Verbandsgeldbuße ins Ordnungswidrigkeitenrecht

Wie bereits festgestellt, kennt das deutsche Recht eine Sanktionierung von juristischen Personen im strafrechtlichen Sinne nicht, da juristische Personen vor allem aufgrund ihrer Handlungs- und Schuldunfähigkeit vom Strafrecht freigestellt sind.¹¹⁷ Durch die Einordnung der Verbandsgeldbuße ins Ordnungswidrigkeitenrecht hat der Gesetzgeber aber keine dogmatischen Probleme gelöst. Denn schließlich unterliegt das Schuldprinzip dem gesamten Sanktionenrecht und damit auch dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Insofern setzt auch das Ordnungswidrigkeitenrecht genauso wie das Strafrecht Handlungs- und Schuldfähigkeit voraus.¹¹⁸

Die Einordnung der Verbandsgeldbuße ins Ordnungswidrigkeitenrecht kann zudem auch deshalb nicht richtig sein, weil Zweck des Ordnungswidrigkeitenrechts die Ahndung von Verstößen ist, welche lediglich ein sog. Verwaltungsunrecht darstellen. Für den Bereich der Unternehmen werden allerdings auch Fälle mit teilweise erheblicher Schuld erfasst.¹¹⁹ Die Einordnung der Verbandsgeldbuße ins Ordnungswidrigkeitenrecht stellt damit einen Widerspruch in sich dar und wird zu Recht als „Etikettenschwindel“ angesehen.¹²⁰

¹¹⁴ Napp (n. 100) 64; Schönemann (n. 42) 165.

¹¹⁵ Wegner, '§ 30 OWiG' (n. 65) 1979, 1981.

¹¹⁶ Schönemann (n. 42) 165.

¹¹⁷ Többens (n. 60) 1, 6.

¹¹⁸ Schwinge (n. 19) 107; Napp (n. 100) 114; § 1 OWiG umschreibt zwar den Begriff der Ordnungswidrigkeit unter anderem als eine „vorwerfbare“ und nicht etwa als eine schuldhaft Handlung. Allerdings ist anzumerken, dass der Begriff „vorwerfbar“ sachlich den gleichen Inhalt wie der im Strafrecht geläufige Begriff „schuldhaft“ hat: Gürtler (n. 69) vor para 1 Rdnr. 30.

¹¹⁹ Napp (n. 100) 277.

¹²⁰ Jescheck und Weigend (n. 3) 228 ff.; Rogall (n. 48) para 30 Rdnr. 13; Schwinge (n. 19) 107 ff.

E. Effektivität der Verbandsgeldbuße in Bezug auf die Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten

Was die Effektivität der Verbandsgeldbuße in Bezug auf die Bekämpfung der unternehmensbezogenen Straftaten, insbesondere Korruptionsdelikten anbelangt, so könnte man zunächst meinen, dass § 30 OWiG nicht allzu oft zur Anwendung zu kommen scheint. Das belegt zumindest die durch Kirch-Heim durchgeführte statistische Erhebung über die praktische Anwendung des § 30 OWiG bei der Bekämpfung von unternehmensbezogenen Straftaten.¹²¹ Insofern wäre zwar die Vertretung der Auffassung berechtigt, dass der geringe Bekanntheitsgrad dieser Norm dafür spreche, dass § 30 OWiG in der bestehenden Form kein wirksames Mittel für die Bekämpfung von unternehmensbezogenen Straftaten zu sein scheint. Denn im umgekehrten Fall sei diese Norm bei den Verfolgungsbehörden schließlich weitaus populärer.¹²² Die Stützung der Ineffektivität des § 30 OWiG auf das Argument der mangelnden Bekanntheit dieser Norm dürfte jedoch heute nicht mehr ganz zutreffen. Denn spätestens seit dem „Siemens-Verfahren“, in dem eine Verbandsgeldbuße in Höhe von 395 Mio. Euro verhängt wurde, ist die Vorschrift Gegenstand umfangreicher Diskussionen geworden und wird m.E. in der Praxis sehr häufig herangezogen.

Die Ineffektivität der Verbandsgeldbuße tritt jedoch auf der anderen Seite durch die aufgezeigte unzureichende Präventivwirkung dieser Norm besonders hervor. Das Problem ist darin zu sehen, dass Geldbußen auf interne Steuerungseffekte beschränkt sind. Eine auf interne Steuerungseffekte beschränkte Sanktion kann aber, wie bereits aufgezeigt, nur dann entsprechende Präventivwirkung zeigen, wenn die Geldbuße ausreichend hoch bemessen ist.

F. Ergebnis

Die Wirkung und die aufgegriffenen Defizite der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG lassen deutlich werden, dass es dem deutschen Gesetzgeber trotz vieler Nachbesserungen nicht gelungen ist, mit dieser Norm eine abschließende und

¹²¹ Kirch-Heim (n. 99) 68 ff.: 74 von insgesamt 114 Staatsanwaltschaften waren damit einverstanden eine Auskunft zu erteilen; im Rahmen der durchgeführten Befragung kam heraus, dass über zwei Drittel der befragten Staatsanwaltschaften § 30 OWiG in keiner Weise anwenden, wobei das übrige Drittel die Geldbuße pro Jahr etwa mehr als drei Mal anwenden: Diese Studie ist insoweit die einzige Quelle für diese Informationen, als die offiziellen Justizstatistiken den § 30 OWiG nicht im Detail auszählen.

¹²² Modlinger (n. 67) 291.

wirkungsvolle Sanktionsmöglichkeit gegen das Unternehmen zu erschaffen. Trotz aller Bemühungen durch den Gesetzgeber ist § 30 OWiG durch eine unzureichende Präventivwirkung gekennzeichnet. Für die Bekämpfung von unternehmensbezogenen Straftaten stellt diese Norm ein ineffektives Mittel dar. Die „anonyme“ Verbandsgeldbuße dürfte für die Praxis eigentlich keine große Bedeutung haben und müsste im Grunde genommen als unzulässig erklärt werden.

Vor allem aber ist die Einordnung des Unternehmensstrafrechts ins Ordnungswidrigkeitenrecht schlichtweg dogmatisch verfehlt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsmöglichkeit des § 30 OWiG ihr Ziel einer ausreichenden Ahndung von aus dem Unternehmen heraus begangenen Delikten nicht erreicht. Wie weiter oben schon herausgestellt worden ist, stellt § 30 OWiG zudem auch für die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils kein taugliches Werkzeug dar.

VI. QUASI SANKTIONEN IM ANSCHLUSS AN § 30 OWIG VOR DEM 01.07.2017

Neben der Festsetzung einer Geldbuße gegen das Unternehmen kannte der deutsche Gesetzgeber, im StGB sowie im OWiG die Möglichkeit der Verfallsanordnung sowie die der Einziehung des durch die Tat Erlangten.

An dieser Stelle ist zuvörderst herauszustellen, dass der Verfall sowie die Einziehung keine Kriminalstrafen darstellen, sondern lediglich als Maßnahmen bezeichnet werden (vgl. §11 I Nr. 8 StGB). Sie richten sich grundsätzlich gegen das Eigentum des Täters.¹²³ Das OWiG bestimmte die Rechtsnatur des Verfalls sowie die der Einziehung im Gegensatz zum § 11 I Nr. 8 StGB zwar nicht explizit. Anzumerken ist aber, dass auch der Verfall sowie die Einziehung nach dem OWiG in Anlehnung an das StGB als Nebenfolge mit Maßnahmecharakter angesehen wurden.¹²⁴ Fraglich ist, ob diese Maßnahmen eine fehlende kriminalrechtliche Sanktionierung kompensieren konnten.

¹²³ Laue (n. 40) 339, 341; Vgl. auch Grigory Bekritsky, 'Die Einziehung von Gesellschaftserträgen für die Tat' (2022) NStZ 207, 209 sowie OLG München (5. Strafsenat), *Urteil* vom 19.07.2018 - 5 OLG 15 Ss 539/17, Rdnr. 15, BeckRS 2018, 15980. Der Begriff des Verfalls bezeichnete bis zur Reform des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung durch das Gesetz vom 13.4.2017 (BGBl. 2017 I 872) die heute als Einziehung von Taterträgen bezeichnete Maßnahme. Siehe Raik Werner in Klaus Weber (ed), *Rechtswörterbuch* (31. Edition, C.H. Beck Verlag 2023).

¹²⁴ Steffi Kindler, *Das Unternehmen als haftender Täter* (Nomos Verlag 2008) 177; Wolfgang Mitsch, para 29a Rdnr. 5 in Lothar Senge (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (3. Auflage, C.H. Beck Verlag 2006).

A. Der Verfall nach §§ 73 ff. StGB, 29a OWiG a.F.

Während die strafrechtlichen Verfallsregelungen nach den §§ 73 ff. StGB mit dem 2. Gesetz zur Reform des Strafrechts (StrRG) ins Strafgesetzbuch eingeführt worden sind, ist die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfallsregelung nach § 29a OWiG 1986 durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (WiKG) ins OWiG eingeführt worden.¹²⁵ Der Zweck des Verfalls lag darin, dass deliktisch Erlangte dem illegitimen Empfänger wieder abzunehmen.¹²⁶ Auf diese Weise sollte gewährleistet werden, dass die Präventivwirkung des Strafrechts sowie des Ordnungswidrigkeitenrechts verstärkt wird und sich das Unrecht nicht lohnt.¹²⁷ Aus den §§ 73 III StGB, 29a II OWiG a.F. ging hervor, dass sowohl nach der strafrechtlichen als auch nach der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfallsregelung die Anordnung des Verfalls nicht nur gegen die Tatbeteiligten der Zuwiderhandlung, sondern auch gegen einen „anderen“ möglich war. Die §§ 73 III StGB, 29a II OWiG a.F. erlaubten ggr. dem Regelfall der §§ 73 I StGB, 29a I OWiG a.F. ausnahmsweise den Zugriff gegen einen tatunbeteiligten Dritten. Der strafrechtliche bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfall musste bzw. konnte entsprechend der §§ 73 I i.V.m. III StGB bzw. 29a I i.V.m. II StGB a.F. dabei angeordnet werden, wenn der Täter oder Teilnehmer einer rechtswidrigen Straftat oder der Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt hat und dieser dadurch etwas erlangt hat.

Die Verfallsregelungen knüpften im Vergleich zu der Verbandsgeldbuße an weniger Voraussetzungen an, indem sie für ihre Anwendungen eine lediglich rechtswidrige Tat oder eine mit Geldbuße bedrohte Handlung als Anknüpfungstat ausreichen ließen. Eine schuldhaft bzw. vorwerfbar verwirklichte Tat war also nicht erforderlich. „Anderer“ im Sinne dieser Vorschriften konnte jede natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung sein.¹²⁸ Als Verfallsadressaten konnten aus diesem Grund auch überpersonale Einheiten wie Unternehmen, in Betracht gezogen werden. Die Verfallsregelung enthielt keine Einschränkung, so dass jegliche Unternehmensformen durch diese Norm erfasst waren.¹²⁹ Die Voraussetzung des Handelns für einen anderen erforderte weder ein Organschaftsverhältnis noch ein

¹²⁵ Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 2.

¹²⁶ Thomas Fischer, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (58. Auflage, C.H. Beck Verlag 2011) para 73 Rdnr. 2; Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 1; Mitsch (n. 98) para 17 Rdnr. 1.

¹²⁷ Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 1.

¹²⁸ Fischer (n. 126) para 73 Rdnr. 29; Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 35.

¹²⁹ Kindler (n. 124) 159; Wegner, *Geldbußen* (n. 97) 49.

echtes Vertretungsverhältnis zwischen Täter und Empfänger.¹³⁰ Aus diesem Grund konnte grundsätzlich jeder Mitarbeiter die Anordnung des Verfalls auslösen.¹³¹ Trotz dieses im Vergleich zu § 30 V OWiG erweiterten personellen Anwendungsbereiches war jedoch zu beachten, dass die Verfallsvorschriften ggr. der Verbandsgeldbuße subsidiär waren. Schließlich verfolgte die Verbandsgeldbuße neben der Gewinnabschöpfung weitere Zwecke, so dass sie ggr. der strafrechtlichen sowie ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfallsanordnung die umfassendere und daher die vorrangig anzuwendende Vorschrift darstellte.¹³² Nach §§ 30 III, 17 IV OWiG wurde das Erlangte aus der rechtswidrigen Tat bereits durch die Geldbuße abgeschöpft. Mit Hilfe der Regelung des § 30 V OWiG sollte damit der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Unternehmens wegen derselben Tat vorgebeugt werden.¹³³ Zu beachten war, dass für die Verfallshöhe das Bruttoprinzip galt.¹³⁴ Der Verfall umfasste demnach die Gesamtheit des aus der Tat Erlangten, d.h. alles, was dem Verband an Vermögenswerten zugeflossen war und zwar ohne Abzug etwaiger eigener Aufwendungen.¹³⁵ Zudem war überdies wichtig, dass mittelbar durch den Einsatz des Erlangten erzielte Gewinne nicht vom Verfall erfasst waren.¹³⁶ Nach § 73b StGB bzw. § 29a III OWiG a.F. konnte der Umfang des Erlangten sowie dessen Höhe geschätzt werden, wenn das gebotene Bemühen um Aufklärung zwar eine

¹³⁰ Albin Eser, para 73 Rdnr. 36 in Schönke Adolf und Schröder Horst (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Auflage C.H. Beck Verlag 2010); Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 36.

¹³¹ Hartan (n. 17) 92.

¹³² Kirch-Heim (n. 99) 26; Modlinger (n. 67) 285.

¹³³ Kindler (n. 124) 160.

¹³⁴ Lackner und Kühl (n. 36) para 73 Rdnr. 4 a; Eser (n. 130) para 73 Rdnr. 17; Fischer (n. 126) para 73 Rdnr. 7; Rosenkötter (n. 70) 170; Bohnert (n. 72) 52; Mitsch (n. 98) para 17 Rdnr. 4; Büttner (n. 96) 17.

¹³⁵ Eser (n. 130) para 73 Rdnr. 17; Büttner (n. 96) 17; Hinweis: Wird dem Täter mehr als die Netto-Bereicherung abgeschöpft und daher dem Betroffenen mehr als nur der unrechtmäßig erlangte Vermögenszuwachs entzogen, so wird zum Teil vertreten, dass dann der Bereich einer bloßen Ausgleichsmaßnahme verlassen und dem Täter ein gegen ihn selbst gerichtetes Strafübel auferlegt werde. Der Verfall sei dann weiterhin zwar keine Strafe, sondern der Form nach schon eine Maßnahme i.S.d. § 11 I Nr. 8 StGB, die aber im Inhalt Strafcharakter habe: vgl etwa Gerd Eidam, *Straftäter Unternehmen* (C.H. Beck Verlag 1997) 84 f.; Eser (n. 130) vor para 73 Rdnr. 19. Dies stelle allerdings wiederum einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz dar, da Strafen eben schuldhaft verwirklicht worden sein müssten, die §§ 73 StGB, 29a OWiG demgegenüber lediglich eine rechtswidrige Straftat bzw. eine mit Geldbuße bedrohte Handlung verlangten. Daher könne es nur richtig sein, im Rahmen der Verfallsvorschriften lediglich nach dem Nettoprinzip abzuschöpfen: vgl. etwa Mitsch (n. 124) para 29a Rdnr. 45; Eser (n. 130) para 73 Rdnr. 17a.

¹³⁶ Große Vorholt (n. 81) 65; Rosenkötter (n. 70) 170; Napp (n. 100) 74.

hinreichende Grundlage für die Schätzung, aber kein eindeutiges Ergebnis erbracht hatte.¹³⁷ Da durch die Anwendung des Bruttoprinzips im Rahmen der Verfallsvorschriften im Vergleich zu der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG nach dem Nettoprinzip mehr als der aus der Zuwiderhandlung stammende Vorteil, abgeschöpft wurde,¹³⁸ war den Verfallsvorschriften im Gegensatz zur Abschöpfungsfunktion der Verbandsgeldbuße in dieser Hinsicht zwar eine stärkere Präventivwirkung zuzusprechen. Die Präventivwirkung der Verfallsvorschriften wurde aber insofern gemildert, als dass die für verfallen erklärten Vermögenswerte steuerlich abzugsfähig waren. Schließlich hatte das Abzugsverbot des § 12 Nr. 4 EStG für die Verfallsvorschriften keine Geltung, weil den Verfallsvorschriften eben kein Strafcharakter beigemessen wurde. Zuzugeben war demgegenüber zwar, dass die Verfallsvorschriften als Maßnahme eigener Art verschuldensunabhängig waren,¹³⁹ so dass die Einordnung der Verfallsvorschrift ins Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht keinen Verstoß gegen das Schuldprinzip darstellten. Aufgrund der Subsidiarität der Verfallsvorschriften ggr. der Verbandsgeldbuße (vgl. § 30 V OWiG) war jedoch im Allgemeinen festzustellen, dass die Effektivität der Verfallsvorschriften in Bezug auf die Bekämpfung unternehmensbezogener Delikte von untergeordneter Bedeutung war.¹⁴⁰ Auch durch den Ausschluss des Verfalls nach § 73 I 2 StGB a.F., wonach Ansprüche Dritter vorgingen, hatte diese Maßnahme keine wirkliche Wirksamkeit für die Bekämpfung von Unternehmensdelikten. Problematisch war ferner, dass gerade die mittelbar durch den Einsatz des Erlangten erzielten Gewinne beim Unternehmen verbleiben konnten, da diese durch die Verfallsregelungen eben nicht erfasst waren.

Im Ergebnis war festzustellen, dass die strafrechtliche sowie ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfallsvorschrift den Mangel einer kriminalrechtlichen Sanktionierung nicht zu kompensieren vermochte. Die Schlussfolgerung war, dass die abschöpfenden Maßnahmen des Verfalls für die Bekämpfung von unternehmensbezogenen Straftaten lediglich im Zusammenspiel mit einer Bestrafung als deren Ergänzung sinnvoll erschienen.

¹³⁷ Kindler (n. 124) 167; Jescheck und Weigend (n. 3) 791.

¹³⁸ Modlinger (n. 67) 227.

¹³⁹ Vgl. Napp (n. 100) 69; Während der Täter nach § 29a StGB a.F. den Tatbestand einer Bußgeldnorm lediglich rechtswidrig und nicht auch noch vorwerfbar verwirklicht haben musste (§ 1 II OWiG), erforderte § 73 StGB a. F. lediglich eine rechtswidrige und nicht auch noch eine schuldhaft verwirklichte Tat.

¹⁴⁰ Vgl. Modlinger (n. 67) 228 f.

Kam es also zur Anwendung der Verfallsvorschriften, so konnte eine Verfallsanordnung ohne zusätzliche Bestrafung keine tatsächlich spürbare Sanktionierung für das Unternehmen bedeuten.¹⁴¹ Schließlich bestand das Risiko der Tat nach den Verfallsregelungen lediglich darin, dass durch ihre Begehung Erlangte wieder zu verlieren.¹⁴² Zuletzt ist anzumerken, dass auch die Verfallsregelungen keine genauen Definitionsmöglichkeiten des Abschöpfungsbetrages aufwiesen.

B. Die Einziehung gemäß §§ 74 ff., 75 StGB a.F. bzw. 22 ff. OWiG a.F.

Die §§ 74 ff. StGB a.F. bzw. die §§ 22 ff. OWiG a.F. eröffneten die Möglichkeit der Einziehung von Gegenständen.¹⁴³ Gegenstände, die bspw. durch die vorsätzliche Straftat hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, konnten eingezogen werden (vgl. 74 StGB a.F.). Neben Tatmittel konnte man dementsprechend auch Tatprodukte einziehen.

Gegenstände konnten dem Eigentümer jedoch nur entzogen werden, wenn er selbst Tatbeteiligter an der einziehungsbegründenden Straftat oder Ordnungswidrigkeit war (vgl. § 74 II Nr. 1 StGB a.F. bzw. § 22 II Nr. 1 OWiG a.F.) oder als tatunbeteiligter Dritter zumindest vorwerfbar in diese involviert war (vgl. § 74a StGB a.F. bzw. § 23 OWiG). Denkbar war eine Einziehung von Gegenständen ferner auch dann, wenn sie für die Allgemeinheit eine Gefährlichkeit begründen oder die Gefahr bestand, dass sie der Begehung rechtswidriger Taten bzw. der Begehung von mit Strafe oder mit Geldbuße bedrohten Handlungen dienen würde (vgl. § 74 II Nr. 2 StGB a.F. bzw. § 22 II Nr. 2 OWiG a.F.). Zu beachten war, dass § 75 StGB a.F. bzw. § 29 OWiG a.F. die Täterschaft des Verbandes derart fingierte, dass sie ihm die einziehungsbegründende Straftat oder Ordnungswidrigkeit der ihn vertretenen natürlichen Personen (einer aus dem § 30 I OWiG entsprechenden Personenkreis) als eigene zurechnete, und das Eigentum des Verbandes auf diese Weise wie das eines Täters der Einziehung unterlag.¹⁴⁴ Während die einziehungsbegründende Tat nach § 74 II Nr. 2 StGB a.F. bzw. § 22 II Nr. 2 OWiG

¹⁴¹ Modlinger (n. 67) 227 ff.

¹⁴² Hirsch (n. 3) 285, 306.

¹⁴³ Gegenstände sind nicht nur Sachen, sondern auch Rechte: Fischer (n. 126) para 74 Rdnr. 3, Lackner und Kühl (n. 36) para 74 Rdnr. 4; Mitsch (n. 124) para 22 Rdnr. 9.

¹⁴⁴ Kindler (n. 124) 185.

a.F. nicht schuldhaft bzw. nicht vorwerfbar begangen worden sein musste (vgl. §§ 74 III StGB, 22 III OWiG a.F.), erforderten die §§ 74 II Nr. 1, 75 StGB a.F. bzw. §§ 22 II Nr. 1, 29 OWiG a.F., dass die einziehungs begründende Tat des Verbandes als fingierter Täter oder nach §§ 74a, 75 StGB a.F. bzw. §§ 23, 29 OWiG a.F. als tatunbeteiligter Dritter an das schuldhafte bzw. vorwerfbare Verhalten einer Leitungsperson anknüpfte. Damit waren die §§ 74 II Nr.2 StGB, 22 II Nr.2 OWiG a.F. zu Lasten des Verbandes unter erleichterten Voraussetzungen möglich. Dies hing damit zusammen, dass die §§ 74 II Nr. 2 StGB, 22 II Nr. 2 OWiG a.F. als sog. Sicherungseinziehung im Gegensatz zu den §§ 74 II Nr. 1, 75 StGB, 22 II Nr. 1, 29 OWiG a.F. sowie §§ 74a, 75 StGB, 23, 29 OWiG a.F. keinen Straf- oder Ahndungscharakter besaßen.¹⁴⁵

Da § 30 V OWiG lediglich auf die Verfalls- nicht jedoch auf die Einziehungsregelungen verwies, waren die Einziehungsnormen ggr. der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG nicht subsidiär und konnten vielmehr daneben angewendet werden. Insofern war den Einziehungsregelungen eine nicht gering zu schätzende Bedeutung beizumessen.

Da jedoch im Rahmen der unternehmensbezogenen Straftaten üblicherweise keine speziellen Tatwerkzeuge existieren, durfte die Einziehung in diesem Bereich jedoch von wohl geringer Bedeutung gewesen sein. Zudem war der Anwendungsbereich der Einziehungsregelungen begrenzt, da sie sich lediglich auf bestimmte in die Tat verwickelte Gegenstände bezogen.¹⁴⁶ Demgemäß vermochten auch die Einziehungsregelungen eine fehlende kriminalrechtliche Sanktionierung nicht zu kompensieren.

VII. QUASI SANKTIONEN IM ANSCHLUSS AN § 30 OWiG NACH DEM 01.07.2017

Mit der Einführung des am 1.7.2017 in Kraft getretenen „Gesetz zur Neugestaltung des Rechts der Vermögensabschöpfung“ wurde die Terminologie im Vermögensabschöpfungsrecht angepasst. Wie oben bereits aufgezeigt, wurde nach alter Rechtslage zwischen „Einziehung“ und „Verfall“ unterschieden. Verfall war die Abschöpfung dessen, was ein Straftäter aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hatte. Einziehung hingegen bezog sich auf Tatwerkzeuge und die durch die Tat hervorgebrachten Gegenstände. Mit der Reform gab der Gesetzgeber die Unterscheidung auf und schaffte das

¹⁴⁵ Kindler (n. 124) 192; vgl. auch Jescheck und Weigend (n. 3) 799.

¹⁴⁶ Kirch-Heim (n. 99) 97 m.w. Nachw.

einheitliche Rechtsinstitut der „Einziehung“. Die Grundnorm der neuen Einziehungsvorschrift bildet nun § 73 I StGB bzw. § 29a I OWiG n.F., wonach die Gerichte eine Einziehung bei einem Tatbeteiligten anordnen, der etwas durch oder für eine rechtswidrige Tat bzw. durch oder für eine mit Geldbuße bedrohte Handlung etwas erlangt hat.¹⁴⁷ Bei der Voraussetzung „etwas erlangt“ handelt es sich in der Praxis um jeden wirtschaftlich messbaren Vorteil, z.B. Geldbeträge oder auch verbesserte Marktpositionen.¹⁴⁸

Gegenstand der Einziehung kann nach aktueller Rechtslage die Einziehung von Taterträgen und die von Tatprodukten, Tatmitteln oder Tatobjekten sein (vgl. §§ 73 ff.; 74 StGB bzw. § 29a OWiG n.F.).

A. Einziehung von Taterträgen

Kommt es nicht zur Festsetzung der Geldbuße, so kann wegen derselben Tat nach neuem Recht Taterträge nach §§ 73, 73c StGB, 29a OWiG eingezogen werden (vgl. § 30 V OWiG n.F.), sofern die Voraussetzungen der §§ 73b I S. 1 Nr. 1 StGB, 29a II S. 1 Nr. 1 OWiG n.F. vorliegen.

Voraussetzung für die Einziehung von Taterträgen bei Verbänden/Unternehmen ist, dass der Beteiligte an einer rechtswidrigen Tat mitgewirkt hat oder der Täter eine mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen begangen und dadurch etwas erlangt hat. Begrenzt ist die Einziehung sowohl im Ordnungswidrigkeitenrecht wie auch im Strafrecht auf die Geldhöhe des Wertes des Erlangten. Schuldhaftes oder vorwerfbares Handeln des Täters ist dabei nicht erforderlich. Jedoch muss die Handlung oder Unterlassung „für einen anderen“ vorgenommen worden sein. Dabei genügt die Absicht des Täters den Interessen des anderen zu dienen. Als „Anderer“ kommen jegliche Unternehmensformen in Betracht. Die Einschränkung aus § 30 gelten hier nicht. Auch gibt es keine weitere gesetzliche Einschränkung des Täterkreises. Jeder Mitarbeiter des Unternehmens kann daher die Anordnung der Einziehung

¹⁴⁷ Vgl. Martin Heger, Einziehung, Vorbemerkung Rdnr. 3 in Martin Heger (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H. Beck Verlag 2023); Frank Saliger, Vorbemerkungen zu §§ 73-76b, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ullrich Paeffgen (eds), *Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlag 2023).

¹⁴⁸ Vgl. Jürgen Graf (ed), *Beck OK OWiG* (39. Edition, Stand: 01.07.2023) para 29a Rdnr. 36 ff. sowie Christiane Hölscher und Alexander Retemeyer, para 73 Rdnr. 4 in Dieter Dölling, Gunnar Duttge und Stefan König (eds), *NomosKommentar, StGB/StPO/Nebengesetze, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar* (5. Auflage, Nomos Verlag 2022)

auslösen.¹⁴⁹ Gegenstand der Einziehung sind alle bezifferbaren wirtschaftlichen Werte, d.h. wirtschaftlichen Vorteile im Sinne des § 17 IV OWiG. Der wirtschaftliche Vorteil wird nach dem Bruttoprinzip berechnet.¹⁵⁰ Von diesem wirtschaftlichen Vorteil sind nach aktueller Rechtslage in einem weiteren Schritt die nicht rechtswidrig aufgewandten Werte des Täters oder Teilnehmers abzuziehen (vgl. §§ 73d I S. 1, 2 StGB, 29a Abs. 3 OWiG).¹⁵¹

Neu ist auch die Regelung des 76a StGB über die selbstständige Einziehung. Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so ermöglicht die Vorschrift, genannt auch als „objektives Verfahren“, die Durchführung eines selbständigen Einziehungsverfahrens.¹⁵²

B. Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln oder Tatobjekten

Hat jemand nach § 74e StGB (aktuelle Rechtslage) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1), als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes (Nr. 2), als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 3), als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung nach Nummer 2 oder 3 (Nr. 4) oder als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung nach Nummer 2 oder 3 verantwortlich ist, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört (Nr. 5), eine Handlung vorgenommen, die ihm gegenüber unter den sonstigen Voraussetzungen der §§ 74 bis 74c die Einziehung eines Gegenstandes oder des Wertersatzes ermöglichen, so ist seine Handlung bei Anwendung dieser Vorschriften dem Vertretenen zuzurechnen.

Nach 74e StGB (aktuelle Rechtslage) können somit Gegenstände des Unternehmens eingezogen werden, soweit es etwa durch eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit von Vertreter einer juristischen Person eingebracht, als

¹⁴⁹ Vgl. Marcus Köhler, 'Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 1/2-Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis -' (2017) NStZ 497, 498 ff.

¹⁵⁰ Köhler (n. 149) 497, 502 f.

¹⁵¹ Vgl. Köhler (n. 149) 497, 505.

¹⁵² Michael Heuchemer, para 76a Rdnr. 1 in Bernd von Heintschel-Heinegg (ed), *Beck OK StGB* (58. Edition, Stand: 01.08.2023, C.H. Beck Verlag 2023)

Tatmittel benutzt oder vorgesehen war. Dies entspricht der Regelung des § 30 OWiG. Hier gilt also weiter, dass nur Handlungen der berechtigten Organe oder Vertreter der juristischen Person zuzurechnen sind.¹⁵³ Es gelten so dann die Voraussetzungen nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 OWiG bzw. die sonstigen einschlägigen Vorschriften nach z.B. §§ 74a StGB, 23 OWiG.

Die Quasi Sanktionen im Anschluss an § 30 OWiG vor sowie nach dem 01.07.2017 lassen folgende Ergebnisse erzielen:

Wie oben herausgestellt, stellen die Verfalls- sowie Einziehungsvorschriften vor dem 01.07.2017 keine hinreichende Sanktionierung für die Unternehmen dar. Fraglich ist, ob sich nach dem 01.07.2017 eine positive Wendung ergeben hat. Gegenüber der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG, die nach wie vor nach dem Nettoprinzip berechnet wird, ist der Vorschrift der Einziehung des Tatertrages (nach alter Rechtslage den Verfallsvorschriften) auch nach aktueller Rechtslage im Gegensatz zur Abschöpfungsfunktion der Verbandsgeldbuße insoweit zwar eine stärkere Präventivwirkung beizumessen. Allerdings wird auch nach heutigen Recht die präventive Wirkung der Vorschrift über die Einziehung des Tatertrages dadurch abgeschwächt, dass die eingezogenen Vermögenswerte steuerlich nach wie vor abzugsfähig sind. Denn das Abzugsverbot des § 12 Nr. 4 EStG findet auch auf die Vorschrift über die Einziehung des Tatertrages Anwendung, da diesem eben kein Strafcharakter beigemessen wird.

Weiterhin ist nach aktueller Rechtslage die Einziehung von Taterträgen im Gegensatz zu Verhängung der Verbandsgeldbuße nach wie vor subsidiär (vgl. § 30 OWiG n.F.). Insofern könnte man meinen, dass sie wie auch die Verfallsvorschriften nach alter Rechtslage eine untergeordnete Rolle für die Sanktionierung von Unternehmen darstellen könnten.

Gleichzeitig ist aber zuzugeben, dass die Einziehung in den §§ 73 ff. StGB n.F. heute viel effektiver als früher ist. Die höhere Effektivität rührt daher, dass die alte Sperr-Klausel nach dem alten § 73 I 2 StGB nach aktueller Rechtslage nicht mehr besteht, nach der grds. Ansprüche Dritter vorgingen. Nach aktueller Rechtslage darf der Staat somit einziehen, ohne die Ansprüche Dritter zu berücksichtigen. Das heutige Einziehungsrecht ist insofern viel effektiver als das alte Verfallsrecht.

¹⁵³ Vgl. Karsten Altenhain und Lennart Fleckstein, para 74e Rdnr. 1 ff. in Holger Matt und Joachim Renzikowski (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Auflage, Verlag Franz Vahlen 2020).

Neu geregelt ist schließlich die Einziehung der Tatobjekte. § 74 StGB n.F. unterscheidet zw. Tatertrag (nach alter Rechtslage dem Verfall), Tatmittel (nach alter Rechtslage der allgemeinen Einziehung) und Tatobjekten. Bspw. sind illegale Betäubungsmittel weder Tatertrag noch Tatmittel, sondern Tatobjekt. Auch insofern ist festzustellen, dass nach aktueller Rechtslage viel mehr eingezogen werden kann als nach den früheren Vorschriften über den Verfall- und die Einziehung.

Ausgeweitet wurde zudem auch die objektive Einziehung, also die Möglichkeit illegale Vermögenwerte einzuziehen, unabhängig von einem Strafverfahren gegen eine bestimmte Person (vgl. 76a StGB).

Seit der Änderung am 01.07.2013 kann man insofern sagen, dass in Deutschland viel mehr an Vermögenswerten eingezogen werden kann. Die Änderungen werden dementsprechend in der Praxis eine enorme Auswirkung haben.

Als positiv zu kennzeichnen ist schließlich auch die Regelung des § 73 d StGB, welche durch den Gesetzgeber am 01.07.2017 ins StGB eingefügt wurde. Bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der Vorschrift der Einziehung des Tatertrages gilt zwar weiterhin das Bruttoprinzip. Wie aus der Regelung des § 73 d StGB herauszulesen ist, wollte der Gesetzgeber aber, dass Aufwendungen, die sozusagen nicht im Zusammenhang mit der Tat als solcher stehen, vom wirtschaftlichen Vorteil abgezogen werden dürfen.

Den Hintergrund hierzu bildete die Meinungsverschiedenheit zwischen zwei BGH-Strafsenaten zum alten Recht.¹⁵⁴ Während der 1. Strafsenat bei der Auslegung des Merkmals „etwas erlangt“ von einem wörtlichen Verständnis ausging und eine umfassende Abschöpfung aller tatsächlich kausal erlangten Vermögenswerte vornahm,¹⁵⁵ sah der 5. Strafsenat nur die unmittelbar aus der Tat erlangten Vermögenswerte als dem Verfall unterliegend an. Er stellte damit maßgeblich auf das Zurechnungskriterium des Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen dem strafrechtlich relevanten Verhalten und dem Zufluss bei einem Tatbeteiligten oder Dritten ab, um das „aus der Tat Erlangte“ zu bestimmen.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Vgl. Markus Rübenstahl, 'Bruttoabschöpfung nach neuem Recht - alte und neue Probleme (Die Perspektive eines Strafverteidigers)' (2018) NZWiSt 255, 255 ff.

¹⁵⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. 6. 2010 - 1 StR 245/09 (LG Hamburg), (2011) NSTZ 83 ff.

¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 2. 12. 2005 - 5 StR 119/05 (LG Köln), (2006) NJW 929.

Wie zu ersehen ist, war man sich demgemäß früher nicht einig, ob bspw. Bestechungsgelder vom wirtschaftlichen Vorteil abgezogen werden können oder nicht. Diese Frage hat der Gesetzgeber aber versucht, mit dem neuen Recht zu erfassen, indem er eben am 01.07.2017 den § 73d ins StGB einfügte. Vom wirtschaftlichen Vorteil darf man grds. alles abziehen, was außerhalb der eigentlichen Straftat steht. Wenn man aber im Rahmen einer Straftat bestimmte Aufwendungen gehabt hat, die konkret zur Begehung der Straftat verwendet wurden, dann kann man diese nicht abziehen. In diesem Fall gilt weiterhin lediglich das Bruttoprinzip. Wenn man aber im Zusammenhang mit der Tat weitere Aufwendungen hatte, dann dürfen diese insoweit abgezogen werden.¹⁵⁷ Wurde das Bestechungsgeld bspw. verwendet, um bestimmte Baugenehmigungen zu erhalten, dann wird man das Bestechungsgeld vom wirtschaftlichen Vorteil nicht abziehen können. Demgegenüber kann man aber sehr wohl Aufwendungen abziehen, die im Zusammenhang mit dem späteren Bau stehen.

Führt man sich den Kölner Müllskandal vor Augen, bei dem noch nach altem Recht durch Bestechung ermöglicht wurde, dass Müll illegal entsorgt werden konnte,¹⁵⁸ so wird man nach neuer Rechtslage klar bestimmen können, dass Bestechungsgelder zwar grds. nicht abzugsfähig sind, demgegenüber aber die Kosten für die Müllentsorgung als solche abzugsfähig sein können.

Schlussfolgernd ist nach aktueller Rechtslage neu, dass partiell eine Abkehr vom Bruttoprinzip besteht, sofern es um Gelder bzw. Vermögenswerte geht, die als solche nicht unmittelbar zur Begehung einer Straftat verwendet werden. Das war vorher nicht unstrittig. Ansonsten ist es beim Bruttoprinzip geblieben. Vorteilhaft ist also, dass der Gesetzgeber nach neuem Recht klar herausgestellt hat, was abgezogen werden darf und was nicht. Das spricht insofern für Rechtsklarheit.

Da § 30 V OWiG nach aktueller Rechtslage nach wie vor auf die Vorschriften über die Einziehung von Taterträgen (nach früherem Rech Verfallsregelungen) - nicht jedoch auf die Regelung über die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten verweist, sind letztere ggr. der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG nicht subsidiär und können vielmehr daneben angewendet werden. Insofern ist der Regelung über die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten keine gering zu schätzende Bedeutung beizumessen.

¹⁵⁷ Vgl. auch Rübenstahl (n. 154) 255, 256.

¹⁵⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 2. 12. 2005 - 5 StR 119/05 (LG Köln), (2006) NJW 925 ff.

Da es bei Unternehmensdelikten jedoch in der Regel keine besonderen Tatwerkzeuge gibt, dürfte die Einziehung in diesem Bereich nach wie vor von untergeordneter Bedeutung sein. Demgegenüber kann dies für Tatobjekte nicht gesagt werden. Denn wenn es sich z.B. um Aktienhandel und Betrügereien innerhalb des Unternehmens handelt, dann können die Aktien oder Wertpapiere sehr wohl als Tatobjekte eingezogen werden. Als Fazit kann festgehalten werden, dass nach aktueller Rechtslage die Einziehung von Tatprodukten im Rahmen der unternehmensbezogenen Straftaten keine untergeordnete Rolle zu spielen scheint.

Fraglich ist schließlich, ob das türkische Recht von den deutschen Regelungen trotz ihrer Schwächen lernen kann oder aber bessere Möglichkeiten von Repression und Prävention in diesem Bereich ermöglicht. Um diese Frage beantworten zu können, soll im Folgenden zunächst auf die türkische Rechtslage eingegangen werden.

VIII. TÜRKISCHE RECHTSLAGE

A. Überblick

Was eine etwaige Sanktionierung von rechtswidrigem Handeln von Unternehmen nach türkischem Recht anbelangt, so sind in erster Hinsicht zwei Normen relevant, nämlich Art. 20 und Art. 60 des türkischen Strafgesetzbuches mit dem Gesetz.Nr. 5237 (tStGB).

Wie aus Art. 20 des tStGB hervorgeht, dürfen gegen juristische Personen keine strafrechtlichen Sanktionen verhängt werden (Art. 20 II S. 1 tStGB). Jedoch wird bestimmt, dass gegenüber juristischen Personen bei Verwirklichung von Straftaten die im Gesetz genannten Maßregeln der Besserung und Sicherung verhängt werden können. Denn nach Art. 20 II S. 2 des tStGB „bleiben die für die Straftat gesetzlich vorgeschriebenen Sanktionen in Form von „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ vorbehalten.“

In Art. 60 tStGB werden zwei Arten von Maßregeln der Besserung und Sicherung vorgesehen. Die erste betrifft die Aufhebung der zuvor erteilten Tätigkeitsgenehmigung. Die zweite betrifft die der Einziehung.

Es ist zu konstatieren, dass Art. 60 tStGB unter der Gesetzesüberschrift „Maßregeln der Besserung und Sicherung gegen juristische Personen“ geführt wird. Während die Aufhebung der zuvor erteilten Tätigkeitsgenehmigung in Art. 60 I tStGB geregelt wird, wird in Absatz 2 der gleichen Norm klargestellt, dass auf

juristische Personen des Privatrechts die Einziehungsvorschriften für Straftaten, die zu ihren Gunsten begangen wurden, entsprechend Anwendung finden.

Dadurch, dass der türkische Gesetzgeber in Art. 60 tStGB die Vorschriften über die Einziehung im Rahmen der Maßregeln der Besserung und Sicherung geregelt hat, hat er die diesbzgl. Diskussion über die rechtliche Bedeutung der Einziehung beendet.¹⁵⁹ Dem aktuellen türkischen Gesetzeswortlaut zu Folge stellt die Einziehung gegen juristische Personen somit eine Maßregel der Besserung und Sicherung dar, welche keinen Strafcharakter hat. Dies geht auch aus der Gesetzesbegründung hervor.¹⁶⁰

Schauen wir uns nun den Abs. 1 des Art. 60 tStGB näher an. Wird zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts unter Beteiligung der Organe oder Vertreter dieser juristischen Person eine Straftat vorsätzlich verwirklicht und beruht diese Straftat auf Grundlage einer von einer öffentlichen Einrichtung erteilten Tätigkeitsgenehmigung, so wird im Falle der Verurteilung wegen dieser Straftat die Tätigkeitsgenehmigung aufgehoben, sofern die Straftat unter Missbrauch der mit dieser Genehmigung erteilten Befugnis begangen worden ist (Art. 60 I tStGB).

¹⁵⁹ In der Zeit des alten tStGB mit dem Gesetz.Nr. 765 war die rechtliche Bedeutung der Einziehung in der türkischen Lehre umstritten. Bzgl. der diesbzgl. Ansichten vgl. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (18. Auflage, Seçkin Verlag 2022) 971, Fußnote 338. Özgenç betont, dass die Einziehung, die eine strafrechtliche Sanktion darstellt, in beiden Formen (nämlich in der Form der Einziehung von Gegenständen wie auch in der Form der Einziehung von Gewinnen) als Maßregel der Besserung und Sicherung anerkannt worden ist. Siehe Özgenç (n. 159) 971. Nach Öztürk und Erdem wird der Einziehung ein Strafcharakter beigemessen, da sich die Einziehung für eine Straftat gegen den Täter richte. Siehe Bahri Öztürk und Mustafa, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Auflage, Seçkin Verlag 2022) 582.

¹⁶⁰ Siehe auch Abdullah Batuhan Baytaç, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK md. 54-55)' (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 20. Dass die Einziehung hier als Maßregel der Besserung und Sicherung anerkannt worden ist, wird in der Lehre zum Teil kritisiert. Bzgl. dieser Ansichten vgl. Baytaç, 20 f. Im neuen tStGB wird die Einziehung in Form der Einziehung von Gegenständen und der Einziehung von Gewinnen jedoch in den Art. 54 und 55 unter dem Abschnitt mit dem Titel "Maßregeln der Besserung und Sicherung" geführt. Özbek, Doğan und Bacaksız stellen daher klar, dass die Einziehung nach der aktuellen türkischen Rechtslage nur noch eine Maßregel der Besserung und Sicherung darstellt. Siehe Veli Özer Özbek, Koray Doğan und Pınar Bacaksız, *Ceza Genel Hukuku, Temel Bilgiler* (13. Auflage, Seçkin Verlag 2022) 378. Bzgl. gegenteiliger Auffassungen vgl. im Übrigen auch Onur Özcan, 'Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu' in Eric Hilgendorf und Yener Ünver (Eds), *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt (Band): III, (Yeditepe Üniversitesi Verlag 2010) 307, 310 ff. sowie Timur Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (17. Auflage, Seçkin Verlag 2022) 666.

Die Aufhebung der Tätigkeitsgenehmigung soll verhindern, dass die juristische Person in ihrem zuvor genehmigten Handlungskreis weiterhin tätig wird.¹⁶¹ Die Voraussetzungen dazu sind im Einzelnen: das Unternehmen, deren Tätigkeitsgenehmigung aufgehoben werden soll, muss eine juristische Person des Privatrechts sein. Diese muss im Rahmen einer von einer öffentlichen Einrichtung erteilten Genehmigung tätig geworden sein. Die begangene Straftat muss weiterhin vorsätzlich verwirklicht worden sein und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Straftat und der Nutzung der erteilten Genehmigung bestehen. Die Straftat muss zudem unter Beteiligung der Organe oder Vertreter des Unternehmens begangen worden sein. Das bedeutet, dass -weiter als der Wortlaut vermuten ließe- eine dieser Personen eine Straftat zugunsten des Unternehmens begangen hat, die ihr persönlich zuzurechnen ist. Schließlich muss wegen dieser Tat eine Verurteilung gegen das Organ oder den Vertreter des Unternehmens erfolgt sein und im Gesetz muss vorgesehen sein, dass wegen der in Rede stehende Straftat eine Maßregel der Besserung und Sicherung verhängt werden kann.¹⁶²

Aus dieser Norm ist herauszulesen, dass es in der Türkei doch in gewisser Weise ein Unternehmensstrafrecht gibt. Denn hier wird dem Unternehmen eine strafrechtliche Sanktion zugerechnet mit der negativen Folge der Verhängung der Aufhebung der Tätigkeitsgenehmigung. In Art. 60 I tStGB ist das Unternehmen zwar nicht Gegenstand des Verfahrens; es wird aber mit Maßnahmen aus dem Verfahren gegen das Organ oder den Vertreter des Unternehmens belastet. Auf den ersten Blick handelt es sich bei dieser Norm um eine äußerst bedenkliche Regelung, weil man meinen könnte, dass das Unternehmen mit der Sanktion aus Art. 60 I tStGB belastet wird, obwohl es nicht in einem Verfahren beteiligt war, in dem es sich hätte verteidigen können. Andererseits ist zu betonen, dass nach Art. 249 I der türkischen Strafprozeßordnung (tStPO) das Organ oder der Vertreter der juristischen bei der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten, die im Rahmen der Tätigkeit einer juristischen Person begangen werden neben dem Nebenkläger und der Verteidigung in seiner Eigenschaft als Teilnehmer zur Verhandlung zugelassen wird. Auch wenn es sich bei dieser Norm um keine zwingende Regelung handelt, so ist schlussendlich festzuhalten, dass sie dem Unternehmen die rechtlich erforderliche Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren gibt.

¹⁶¹ Nur Centel, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması' (2016) 65 (4) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 3313, 3319.

¹⁶² Centel (n. 161) 3313, 3320.

Zuzugeben ist weiterhin, dass Art. 60 I tStGB für das Unternehmen eine existenzvernichtende Wirkung entfalten kann und somit eine hohe Präventivwirkung nach sich zu ziehen scheint. Die Aufhebung der zuvor erteilten Tätigkeitsgenehmigung ist jedoch mit Vorsicht zu genießen. Wie bereits erwähnt, werden zwar Unternehmen, sobald sie erkennen, dass sich die Begehung von Wirtschaftsstraftaten nicht lohnt, versuchen, diese zu vermeiden. Jedoch ist stets auf das erforderliche Augenmaß der Sanktionierung zu achten, um insbesondere nicht eine existenzbedrohende Wirkung für das Unternehmen zu erreichen. Denn wenn das Unternehmen erkennt, dass es nichts mehr zu verlieren hat, wird eine Verhaltensänderung in der Regel nicht mehr zu erreichen sein.

Die zweite Maßregel der Besserung und Sicherung, die in Art. 60 II tStGB vorgesehen ist, ist die der Einziehung. Unter Einziehung nach türkischem Recht versteht man die Übertragung des Eigentums an Gegenständen oder Gewinnen an den Staat, welche im Zusammenhang mit einer begangenen Straftat erlangt wurden.¹⁶³ Nach Art. 60 II tStGB gelten die Vorschriften über die Einziehung auch für juristische Personen des privaten Rechts wegen zu ihren Gunsten begangener Straftaten.

Unterschieden wird im Allgemeinen zwischen der Einziehung von Gegenständen und der Einziehung vom Gewinn.

Bei der Einziehung von Gegenständen¹⁶⁴ handelt es sich um die Übertragung des Eigentums an den entsprechenden Gegenständen auf den Staat, die bei der Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendet oder der Begehung einer Straftat zugeordnet wurden oder aus einer Straftat herrühren.¹⁶⁵

Die Einziehung des Gewinns hingegen ist die Einziehung von materiellen Vorteilen, die mit der Verwirklichung der Straftat erzielt wurden, die den Gegenstand der Straftat bilden oder die für die Begehung der Straftat bereitgestellt wurden sowie die der materiellen Vorteile, die sich aus ihrer Auswertung oder Umwandlung ergeben. Ähnlich wie bei der Einziehung von Gegenständen wird auch hier das Eigentum an den erzielten Gewinnen an den

¹⁶³ Özbek, Doğan und Bacaksız (n. 160) 377 f.

¹⁶⁴ Wie z.B. bei der Einziehung der bei der Begehung der Straftat verwendeten Waffe, Özbek, Doğan und Bacaksız (n. 160) 378.

¹⁶⁵ Centel (n. 161) 3313, 3320.

Staat übertragen.¹⁶⁶ Wie zu Recht ausgeführt wird, kann die Begehung einer Straftat nicht als Einkommensquelle betrachtet werden und die Erträge aus der Straftat dürfen nicht als Gewinn bei der Person verbleiben.¹⁶⁷ Aus diesem Grund wird bei Straftaten, die zum Zwecke der Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils begangen werden, die Einziehung der durch die Straftat oder durch die Begehung der Straftat erzielten Einkünfte angestrebt.¹⁶⁸ Ob hier der Aufwand, der für die Gewinnerzielung erforderlich war, abgezogen werden kann, ist im türkischen Recht nicht deutlich geregelt.

In Bezug auf die Straftat, die zugunsten eines Unternehmens begangen wurde, wird, sofern die Voraussetzungen vorliegen, die mit der Straftat verbundenen Gegenstände im Sinne des Art. 54 tStGB („Einziehung von Gegenständen“) oder die Gewinne im Sinne des Art. 55 tStGB („Einziehung von Gewinnen“) eingezogen.

Die Einziehung nach Art. 54 tStGB knüpft insbesondere an folgende Voraussetzungen:

Gegenstand der Einziehung von Gegenständen sind solche, die bei der Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendet oder der Begehung der Straftat bereitgestellt wurden. Daneben werden auch Gegenstände eingezogen werden, die durch eine Straftat hervorgebracht wurden. Somit kann festgehalten werden, dass auch im türkischen Recht neben Tatmittel auch Tatobjekte und Tatprodukte eingezogen werden. Die mit der Straftat in Zusammenhang stehenden Gegenstände dürfen weiterhin nicht im Besitz gutgläubiger Dritter sein. Bei der Straftat muss es sich zudem um eine vorsätzlich verwirklichte Straftat handeln (Art. 54 I S. 1 tStGB). Bei Vorliegen einer fahrlässigen Straftat ist eine Einziehung somit nicht möglich.¹⁶⁹ Auch Gegenstände, deren Herstellung, Besitz, Verwendung, Beförderung, Kauf und Verkauf eine Straftat darstellen, werden eingezogen (Art. 54 IV tStGB). Wurde der Gegenstand beseitigt, entsorgt, verbraucht oder auf andere Weise unmöglich gemacht, so wird der Geldbetrag, der dem Wert dieses Gegenstandes

¹⁶⁶ Centel (n. 161) 3313, 3320.

¹⁶⁷ Özgenç (n. 159) 975; Mahmut Koca und İlhan, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (15. Auflage, Seçkin Verlag 2022) 675; Mahmut Koca, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>> Erişim Tarihi 01 Ekim 2023.

¹⁶⁸ Özgenç (n. 159) 975.

¹⁶⁹ Siehe auch Özgenç (n. 159) 972.

entspricht, ebenfalls eingezogen (Art. 54 II tStGB). Stellt sich heraus, dass die Einziehung des bei der Straftat verwendeten Gegenstandes im Vergleich zur begangenen Straftat schwerwiegendere Folgen nach sich zieht und daher der Gerechtigkeit widersprechen würde, kann von seiner Einziehung abgesehen werden (Art. 54 III tStGB). Ob in einem solchen Fall von der Einziehung abgesehen werden kann oder nicht, steht im Ermessen des Richters. Art. 54 III tStGB fordert somit die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁷⁰ Weiterhin muss die Straftat zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts begangen worden sein (Art. 60 II tStGB).¹⁷¹

Die Einziehung nach Art. 55 tStGB knüpft wiederum an folgende Bedingungen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der begangenen Straftat um eine vorsätzliche Straftat handeln muss, auch wenn dies im Gesetzestext des Art. 55 tStGB nicht ausdrücklich erwähnt wird.¹⁷² Aus dieser Straftat muss ein materieller Vorteil¹⁷³ oder ein wirtschaftlicher Gewinn erwachsen sein (Art. 55 I S. 1 tStGB). Eine Einziehung der Vermögenswerte kann weiterhin nur angeordnet werden, wenn der materielle Vorteil an das Opfer der Straftat nicht zurückgegeben werden muss (Art. 55 I S. 2 tStGB). Der einzuziehende Vermögenswert muss nicht der unmittelbar durch die Straftat oder für die Begehung der Straftat erlangte Vorteil sein. Auch die Einziehung von wirtschaftlichen Gewinnen, die sich aus der Nutzung oder Umwandlung dieser Vermögenswerte ergeben, wird angeordnet (Art. 55 I S. 1 tStGB).¹⁷⁴ Schließlich muss die Straftat zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts begangen worden sein (Art. 60 II tStGB).

Damit Vermögenswerte gegen juristische Personen für zu ihren Gunsten begangene Straftaten eingezogen werden kann, muss neben den obigen Voraussetzungen festgestellt werden, dass die materiellen Vorteile und Gewinne aus einer Straftat stammen, welche seitens einer natürlichen Person

¹⁷⁰ Vgl. auch Özgenç (n. 159) 973 f., Koca und Üzülmöz (n. 167) 673 sowie Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler/Temel Hükümler* (18. Auflage, Astana Verlag 2020) 464 f.

¹⁷¹ Siehe auch Centel (n. 161) 3313, 3320.

¹⁷² Özgenç (n. 159) 976.

¹⁷³ Ein typisches Beispiel für einen materiellen Vorteil, der durch die Begehung einer Straftat erlangt wird, ist der Vorteil, der sich aus der Straftat der Bestechung ergibt. Özgenç (n. 159) 976.

¹⁷⁴ Özgenç (n. 159) 977.

als Organ oder Vertreter einer juristischen Person des Privatrechts begangen wurde. Weiterhin müssen die materiellen Vorteile und Gewinne, die den Gegenstand der Straftat bilden in das Eigentum der juristischen Person übergegangen sein.¹⁷⁵

In den Fällen, in denen die Anwendung der Maßregeln der Besserung und Sicherung schwerere Folgen als die begangene Straftat nach sich ziehen könnten, kann der Richter von der Anordnung dieser Maßnahmen absehen (Art. 60 III tStGB). Wird etwa aufgrund der Verhängung einer Maßregel der Besserung und Sicherung gegen ein Unternehmen, eine große Anzahl von Personen arbeitslos, kann das Gericht auf die entsprechende Maßregel der Besserung und Sicherung verzichten.¹⁷⁶

Zuletzt sieht Art. 60 IV tStGB vor, dass die Bestimmungen dieses Artikels nur in den vom Gesetz festgelegten Straftaten angewandt werden. Mit anderen Worten können Maßregeln der Besserung und Sicherung, die auf die juristische Person abzielen, nicht bei Vorliegen jeglicher Straftaten verhängt werden. Nur in den ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Fällen können Maßregeln der Besserung und Sicherung auf juristische Personen des Privatrechts angewandt werden.¹⁷⁷

Aus der Zusammenschau des Art. 20 II und Art. 60 tStGB wird erkennbar, dass bei Verwirklichung bestimmter Straftaten die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nur für juristische Personen des Privatrechts möglich ist. Daher können ggr. Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften sowie auch sonstige Unternehmen, welche juristische Personen des Privatrechts darstellen, Maßregeln der Besserung und Sicherung verhängt werden.

Zu den Straftaten, bei denen Maßregeln der Besserung und Sicherung ergriffen werden können, zählen beispielsweise Völkermord (Art. 76 tStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 77 tStGB), Gründung einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten gegen die Menschlichkeit (Art. 78 tStGB), Menschenhandel (Art. 80 tStGB), Freiheitsberaubung (Art. 106-111 tStGB), Abhören und Aufzeichnen von Gesprächen zwischen Personen (Art. 133 tStGB) sowie die Verletzung des Rechts auf Privatsphäre (Art. 134 tStGB).¹⁷⁸

¹⁷⁵ Koca und Üzülmöz (n. 167) 675 f.; Koca (n. 167).

¹⁷⁶ Vgl. Özbek, Doğan und Bacaksız (n. 160) 397.

¹⁷⁷ Centel (n. 161) 3313, 3317.

¹⁷⁸ Bzgl. weiterer Straftaten, bei den Maßregel der Besserung und Sicherung angewendet werden können vgl. Centel (n. 161) 3313, 3318 f.

Auffallend ist, dass der türkische Gesetzgeber aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes des tSGB nur juristische Personen des Privatrechts sanktionieren möchte und juristische Personen des öffentlichen Rechts außenvorlässt. Zu Recht wird angeführt, diese Vorgehensweise verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz. Denn bei beiden Arten von juristischen Personen kann die Straftat seitens des Organs oder Vertreters der juristischen Person sehr wohl begangen werden. Auch ein Organ/Vertreter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist in der Lage eine Straftat zu Gunsten der juristischen Person zu begehen. Jedenfalls kann dies mit aller Wahrscheinlichkeit nicht ausgeschlossen werden.¹⁷⁹ Schlussfolgernd ist festzustellen, dass die aktuelle türkische Gesetzeslage, wonach eine Sanktionierung in Form einer Maßregel der Besserung und Sicherung gegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts nicht ohne weiteres verhängt werden darf, auf Bedenken stößt. Wie oben dargelegt, unterscheidet das deutsche Recht in dieser Hinsicht nicht zwischen den Formen der juristischen Person. Hervorgehoben wurde, dass als Quasi-Sanktionen im Anschluss an § 30 OWiG nach dem 01.07.2017 Gegenstand der Einziehung sowohl die Einziehung von Taterträgen als auch von Tatprodukten, Tatmitteln oder Tatobjekten sein können. Nach deutscher Rechtslage können die Einziehungsvorschriften sowohl gegen die juristische Person des Privatrechts wie auch gegen die des Öffentlichen Rechts angewandt werden.

Festzustellen ist weiterhin, dass bei Vorliegen von nicht strafbaren Handlungen, so etwa bei Ordnungswidrigkeiten, gegen Unternehmen keine Maßregeln der Besserung und Sicherung im Sinne des tStGB verhängt werden können. Zudem ist zu betonen, dass nach dem türkischen Ordnungswidrigkeitengesetz [5326 sayılı Kabahatler Kanunu (tOWiG)] juristische Personen für die Begehung von Ordnungswidrigkeiten bzw. Straftaten zur Verantwortung gezogen werden können. Konkret bedeutet dies, dass gemäß den geltenden Rechtsvorschriften des tOWiG gegen juristische Personen im Falle der Verwirklichung von Ordnungswidrigkeiten verwaltungsrechtliche Sanktionen („idari yaptırım“) erteilt werden können (vgl. Art 8 tOWiG) oder im Falle der Verwirklichung von Straftaten Bußgelder („idari para cezası“) verhängt werden sollen (vgl. Art. 43/A tOWiG). Während erstere eine Ermessens-Vorschrift darstellt, handelt es sich bei der zweiten um eine Soll-Vorschrift.

¹⁷⁹ Centel (n. 161) 3313, 3314 f. Zur Begründung, warum der türkische Gesetzgeber nur juristische Personen des Privatrechts sanktionieren will und juristische Personen des öffentlichen Rechts außenvorlässt, wird unter anderem angeführt, dass der Staat, der das Recht zur Sanktionierung habe, sich selbst nicht bestrafen könne. Vgl. Özcan (n. 160) 308, 322.

Im Gegensatz zum tSGB ist ferner auffallend, dass bei der Verhängung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen nach dem tOWiG nicht zwischen den Formen der juristischen Person unterschieden wird. Denn sowohl ggr. der juristischen Person des Privatrechts wie auch ggr. der juristischen Person des öffentlichen Rechts können verwaltungsrechtliche Sanktionen erteilt werden.

Nach Art. 8 I tOWiG ist juristischen Personen im Allgemeinen das Verhalten ihrer Organe und Vertreter zuzurechnen; gegen juristische Personen können also verwaltungsrechtliche Sanktionen wegen einer Ordnungswidrigkeit erteilt werden. Nach dem Gesetzeswortlaut des Art. 8 I OWiG kann gegen die juristische Person für eine Ordnungswidrigkeit eine verwaltungsrechtliche Sanktion verhängt werden, sofern die Ordnungswidrigkeit seitens einer Person begangen wurde, die als ein Organ oder Vertreter der juristischen Person gehandelt hat. Gleiches gilt auch dann, wenn die Person kein Organ oder Vertreter der juristischen Person ist, gleichwohl aber Aufgaben im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person wahrnimmt.

Verwaltungsrechtliche Sanktionen können zum einen die Verhängung von Bußgeldern, zum anderen die Erteilung von Verwaltungsmaßnahmen („idari tedbirler“) darstellen. Der Entzug von Eigentum und dessen Übertragung an den Staat stellt bspw. eine solche Verwaltungsmaßnahme dar.¹⁸⁰

Die Höhe des zu verhängenden Bußgeldes kann durch Angabe einer Unter- und Obergrenze im Gesetz festgelegt werden. In diesem Fall sind bei der Festsetzung der Höhe des Bußgeldes der „Unrechtsgehalt der begangenen Ordnungswidrigkeit“ sowie das „Verschulden“ und die „wirtschaftliche Lage“ des Täters zu berücksichtigen (Art. 17 I tOWiG).

Was die Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen anbelangt, so ist zu betonen, dass hier nach alter Rechtslage wieder entsprechend den Arten der juristischen Personen unterschieden wurde. Vor verwirklichter Gesetzesänderung am 28.03.2023 war die Verhängung von Geldbußen nur gegen juristische Personen des Privatrechts, dagegen nicht gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts möglich. Diese Einschränkung hat der türkische Gesetzgeber am 28.03.2023 aufgegeben. Von nun an können gegen beide Formen der juristischen Personen, egal ob die des Privatrechts oder die des Öffentlichen Rechts, Geldbußen verhängt werden (Vgl. Art. 43/A Fussn. 8 tOWiG).

¹⁸⁰ Centel (n. 161) 3313, 3323.

Schlussfolgernd sieht das türkische Ordnungswidrigkeitengesetz nach aktueller Rechtslage vor, dass die Verhängung von Verwaltungsmaßnahmen wie auch von Bußgeldern nicht nur bei juristischen Personen des Privatrechts, sondern auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts möglich ist.

Schauen wir uns nun die Voraussetzungen des Art. 43/A tOWiG näher an. Der Gesetzgeber knüpft die Verhängung der Geldbuße i.H.v. zehntausend bis zu fünfzig Millionen türkische Lira nach dieser Norm an folgende Bedingungen: Es darf sich nicht um eine Ordnungswidrigkeit handeln, die eine Ahndung mit einer höheren Geldbuße erforderlich macht. Weiterhin muss die Tat durch ein Organ oder einen Vertreter einer juristischen Person begangen worden sein oder durch eine Person, die kein Organ oder Vertreter ist, aber Aufgaben im Rahmen der Tätigkeit dieser juristischen Person wahrnimmt. Bei der verwirklichten Straftat muss es sich schließlich um eine der im Katalog des Art. 43/A tOWiG aufgeführten Straftaten handeln.

Schließlich darf die Geldbuße nicht weniger als das Doppelte des mit dem Geschäft oder der Handlung verbundenen Vorteils betragen (Art. 43/A I S. 2 tOWiG).

Bei der verwirklichten Straftat muss es sich um eine der im Katalog des Art. 43/A tOWiG aufgeführten Straftaten handeln. Zu diesen Straftaten gehören Betrugsdelikte (Art. 157- 158 tStGB), das Herstellen und Handeln mit Drogen und Stimulanzien (Art. 188 tStGB), der Submissionsbetrug/Ausschreibungsbetrug (Art. 235 tStGB), der Erfüllungsbetrug (Art. 236 tStGB), die Geldwäsche (Art. 282 tStGB), Bestechung (Art. 252 tStGB), Untreue (definiert in Art. 160 des Bankengesetzes mit dem Gesetz.Nr. 5411), Schmuggel (definiert im Gesetz zur Bekämpfung des Schmuggels mit dem Gesetz.Nr. 5607), die im Zusatzartikel 5 des Erdölmarktgesetzes mit dem Gesetz.Nr. 5015 definierte Straftat sowie die Terrorismusfinanzierung gem. Art. 4 des Gesetzes zur Verhinderung der Finanzierung des Terrorismus vom 7.2.2013 mit der Gesetz.Nr. 6415.

Nach einem Überblick über die türkische Rechtslage, gilt es nun zu klären, ob das türkische Recht ggr. dem deutschen Recht bessere Möglichkeiten in Bezug auf Sanktionierungsversuche gegen Unternehmen aufweist oder eventuell von den deutschen Regelungen lernen kann.

B. Rechtsvergleichende Ergebnisse

Es gilt zunächst festzuhalten, dass nach § 30 OWiG die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen aus der Tat gezogen hat, in einfacher Form überschreiten muss, wohingegen nach der türkischen Regelung

verlangt wird, dass die Geldbuße nicht weniger als das Doppelte des mit dem Geschäft oder der Handlung verbundenen Vorteils betragen muss (vgl. Art. 43/A I S. 2 tOWiG). Zuzugeben ist, dass die türkische Regelung insofern eine höhere Präventivwirkung verspricht als die der deutschen Regelung.

Demgegenüber wird aus der türkischen Regelung nicht erkennbar, dass auch Art. 43/A tOWiG genauso wie § 30 OWiG aus einem Ahndungsteil- und einem Abschöpfungsteil besteht, so dass sich die Frage nach der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des Art. 43/A tOWiG erst gar nicht stellt. Festgestellt wurde diesbzgl., dass nach der deutschen Lehre zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des § 30 OWiG unstreitig das Netto-Prinzip angewendet wird. Dennoch wurde festgestellt, dass § 30 OWiG kein tragfähiges Instrument zur Bemessung der Abschöpfungshöhe darstellt. Es kann eben zu wenig oder auch zu viel abgeschöpft werden, weil konkrete Parameter fehlen.

Führt man sich insbesondere diese Schwächen des § 30 OWiG vor Augen, so gilt es zu betonen, dass es trotz dieser Makel auch für das türkische Recht von großer und wichtiger Bedeutung sein könnte, wenn die Festsetzung der Geldbuße unter Umständen nicht nur aus einem Ahndungs- sondern auch aus einem Abschöpfungsteil bestehen könnte. Denn eine solche Vorgehensweise hätte für Unternehmen eine größere Abschreckungswirkung und könnte eine größere Präventivwirkung entfalten.

Gleichzeitig ist aber zu betonen, dass die Einziehung von Taterträgen nach dem deutschen Recht subsidiär ggr. der Verbandgeldbuße ist. Denn die Verhängung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt die Anordnung einer Einziehung nach den §§ 73 oder 73c des StGB oder nach § 29a OWiG wegen derselben Tat aus (vgl. § 30 V OWiG). Kommt es zur Festsetzung der Geldbuße, ist nach §§ 30 III, 17 IV OWiG das aus der Ordnungswidrigkeit Erlangte bereits durch die Geldbuße abgeschöpft. Mit der Regelung des § 30 V OWiG soll daher der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Unternehmens wegen derselben Tat vorgebeugt werden.

Schaut man sich demgegenüber das türkische Recht an, so macht der Gesetzgeber keine Vorgaben bzgl. des Verhältnisses zwischen der Festsetzung der Geldbuße und der Einziehung von Taterträgen. Aus diesem Grund ist grds. davon auszugehen, dass nach türkischer Rechtslage neben der Festsetzung einer Geldbuße auch die Einziehung von Taterträgen möglich ist. Insofern ist aber

nochmals klarzustellen, dass es im Rahmen der Festsetzung der Geldbuße nach Art. 43/A tOWiG nicht zusätzlich zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils kommt. Neben der Festsetzung der Geldbuße nach Art. 43/A tOWiG kann vielmehr zusätzlich eine Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen nach Art. 60 II tStGB in Betracht kommen. Auf diese Weise wird (auch) nach türkischer Rechtslage der Inanspruchnahme einer doppelten Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils vorgebeugt.

Somit ist festzuhalten, dass es -trotz unterschiedlicher Vorgehensweisen des deutschen und türkischen Gesetzgebers- im Ergebnis in beiden Ländern nicht zu einer doppelten Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils kommt.

Dennoch könnte sich die in den drei Verfahrensschritten (Bestimmung des abstrakten Sanktionsrahmens - Bestimmung des konkreten Sanktionsrahmens - Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils) zu erfolgende Bestimmung der Höhe der Geldbuße nach deutschem Recht für das türkische Recht als vorzugswürdig erweisen. Es liegt auf der Hand, dass eine Kombination aus einem Ahndungs- sowie einem Abschöpfungsanteil im Rahmen der Festsetzung der Geldbuße ihr Ziel einer ausreichenden Sanktionierung von aus dem Unternehmen heraus verwirklichten Delikten eher erreicht als die Festsetzung der Geldbuße lediglich in Form der Ahndung. Denn durch die erwähnte Kombination könnte die Norm über die Festsetzung der Geldbuße eine höhere Abschreckungswirkung für die Unternehmen entfalten als lediglich durch die Bestimmung des Ahndungsanteils. Beinhaltet eine Norm sowohl einen Ahndungs- als auch einen Abschöpfungsanteil, so gilt es zu betonen, dass man mit einer solchen (Kombinations-)Norm dem Ziel einer ausreichenden Sanktionierungsmöglichkeit von Unternehmen jedenfalls einen Schritt näher rückt.

Macht man sich weiterhin jedoch klar, dass die Geldbuße nach dem türkischen Recht höchstens fünfzig Million türkische Lira betragen darf, wird auch hier (ähnlich wie im deutschen Recht) erkennbar, dass auch dieser Betrag zumindest für Großunternehmen im Zweifelsfall aufgrund der über die Jahre erzielten Gewinne tragbar sein wird. Denn angesichts der in den Vorjahren erzielten finanziellen Gewinne wird eine Geldbuße in der erwähnten Höhe in der Regel für Großunternehmen keine allzu große abschreckende Wirkung haben.

Um eine angemessene Höhe der Geldbuße zu erreichen, ist nochmals vorzuschlagen, als Obergrenze für den Bußgeldrahmen einen Prozentsatz des Jahresumsatzes des Unternehmens in einem bestimmten Zeitraum zu wählen. Im Gegensatz zu einem pauschalen Betrag als Bußgeldobergrenze könnte das

Bußgeld auf diese Weise an die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens angepasst werden. Eine an die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens angepasste Geldbuße hätte somit eine stärkere Abschreckungswirkung. Sobald Unternehmen erkennen, dass sich Wirtschaftsdelikte nicht lohnen, werden sie diese zu vermeiden suchen.

Zuzugeben ist wiederum jedoch, dass § 30 OWiG die Gefahr birgt, seltener zur Anwendung zu kommen als die §§ 73 ff. StGB. Denn die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des § 30 OWiG nach dem Netto-Prinzip erfordert viel mehr Aufwand als die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der §§ 73 ff. StGB nach dem Brutto-Prinzip, so dass das Abstellen auf die Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB für die Staatsanwaltschaften im Gegensatz zur Festsetzung der Geldbuße nach § 30 OWiG unproblematischer zu sein scheint.

Wie oben zuvor betont wurde, könnte, um § 30 OWiG eine stärkere präventive Wirkung zukommen zu lassen, schließlich erwogen werden, bei der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des § 30 OWiG das „Bruttoprinzip“ anstelle des bisher unbestrittenen „Nettoprinzips“ anzuwenden.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die gemachten Erläuterungen bzgl. der Festsetzung der Geldbuße nach § 30 OWiG im Ganzen den türkischen Gesetzgeber zum Nachdenken anregen sollte. Insbesondere die Verfahrensweise der Festsetzung der Geldbuße könnte eine Vorbild-Funktion für das türkische Recht darstellen.

Weiterhin fällt auf, dass durch den Ausschluss der Einziehung von wirtschaftlichen Vorteilen nach Art. 55 I S. 2 tStGB, die Einziehung von Taterträgen im Gegensatz zur deutschen Rechtslage keine durchgreifende Wirksamkeit für die Bekämpfung von Unternehmensdelikten aufweist. Im Gegensatz zum türkischen Recht kann der Staat nach geltendem deutschem Recht also ohne Rücksicht auf Ansprüche Dritter einziehen. Insofern ist das heutige deutsche Einziehungsrecht wesentlich effektiver als das frühere deutsche Verfallsrecht und das aktuelle türkische Einziehungsrecht. Dem türkischen Gesetzgeber ist es anzuraten, sich über eine etwaige Aufhebung einer solchen Sperr-Klausel Gedanken zu machen.

Ob weiterhin der Aufwand, der für die Gewinnerzielung erforderlich war, abgezogen werden kann, ist im türkischen Recht ebenfalls nicht deutlich

geregelt. Positiv hervorzuheben ist daher auch die Regelung des § 73 d StGB, die der deutsche Gesetzgeber am 01.07.2017 in das StGB eingefügt hat. Bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen der Vorschrift der Einziehung des Tatertrages nach deutschem Recht gilt zwar weiterhin das Bruttoprinzip. Wie sich aber aus der Regelung des § 73 d StGB ergibt, wollte der Gesetzgeber, dass Aufwendungen, die mit der Tat als solcher sozusagen nichts zu tun haben, vom wirtschaftlichen Vorteil abgezogen werden können. Neu gegenüber der bisherigen Rechtslage nach deutschem Recht ist im Ergebnis die teilweise Abkehr vom Bruttoprinzip, soweit es sich um Gelder oder Vermögenswerte handelt, die als solche nicht unmittelbar zur Begehung einer Straftat verwendet werden.

Vorteilhaft ist daher, dass der Gesetzgeber nach neuem deutschem Recht klargestellt hat, was abzugsfähig ist und was nicht. Dies spricht für Rechtsklarheit, welches den türkischen Gesetzgeber zum Nachdenken anregen sollte. Ungewiss nach türkischem Recht ist schließlich, wie der wirtschaftliche Vorteil im Allgemeinen zu berechnen ist.

Schlussfolgernd ist festzustellen, dass die ausgeführten obigen Äußerungen insbesondere auch über die deutschen Vorschriften der Einziehung von Taterträgen für das türkische Recht ein Vorbild sein könnten.

Im Ergebnis ist zusammenzufassen, dass das türkische Recht bzgl. der oben herausgestellten Aspekte vom deutschem Recht trotz ihrer Makel lernen kann. Was die Sanktionierungsversuche ggr. Unternehmen anbelangt, so könnte das deutsche Recht für das türkische Recht daher in gewissen Punkten eine Vorbildfunktion einnehmen.

IX. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Die rechtshistorische Übersicht zur Strafbarkeit von juristischen Personen macht deutlich, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Deutschland nicht durchweg abgelehnt worden ist. Insbesondere mit zunehmender Wirtschaftsmacht wurde die Notwendigkeit nach einer Einführung einer Verbandsstrafbarkeit erkannt und die diesbezüglichen Diskussionen erneut in Gang gesetzt.

Trotz allem konnte sich in Deutschland eine Strafbarkeit von juristischen Personen bis zum heutigen Tage nicht durchsetzen, weil eine solche Bestrafung den Grundsätzen des Strafrecht als sog. Individualstrafrecht widersprechen

würde. Um dem Bedürfnis einer, wenn auch nicht strafrechtlichen Sanktionierung der juristischen Person gerecht werden zu können, ist der deutsche Gesetzgeber in erster Hinsicht den Umweg über das Ordnungswidrigkeitenrecht gegangen. Die Schlüsselnorm für die Sanktionierung von juristischen Personen bildet die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG. Auch das türkische Recht sieht neben der Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht vor (vgl. Art. 43/A tStGB).

Der Umweg über das Ordnungswidrigkeitenrecht stellt aber nicht den Königsweg für den Ersatz einer strafrechtlichen Norm dar. Denn auch das Ordnungswidrigkeitenrecht ist wie das Strafrecht auch durch das Schuldprinzip geprägt.

Insbesondere hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 30 OWiG keineswegs dogmatische Probleme gelöst. Dies gilt in gewisser Weise auch für Art. 43/A tStGB, auch wenn zuvor festgestellt wurde, dass § 30 OWiG trotz ihrer Makel den türkischen Gesetzgeber zum Nachdenken anregen sollte.

Die Einordnung der Verbandsgeldbuße in das Ordnungswidrigkeitenrecht kann darüber hinaus auch deshalb nicht richtig sein, weil das Ordnungswidrigkeitenrecht darauf ausgerichtet ist, solche Verstöße zu ahnden, die lediglich ein sog. Verwaltungsunrecht darstellen. Für den Bereich der Unternehmen werden jedoch auch Fälle erfasst, in denen ein zum Teil erhebliches Verschulden vorliegt.

Während demgegenüber die Verfalls- sowie Einziehungsvorschriften noch nach altem deutschen Recht keine hinreichende Sanktionierung für die Unternehmen darstellten, kann man nach aktueller Rechtslage sagen, dass sie für die Praxis jedenfalls keine untergeordnete Rolle zu haben scheinen. Nach heutiger deutscher Rechtslage kann vielmehr eingezogen werden, als dies früher der Fall war. Zu verzeichnen ist dieser Erfolg insbesondere durch die Aufhebung der Sperr-Klausel, die nach altem Recht noch bestand. Dieses Ergebnis kann bzgl. der türkischen Rechtslage nicht geteilt werden. Denn nach den Vorschriften über die Einziehung von Taterträgen nach dem tStGB gilt weiterhin die Sperr-Klausel. Daher kann festgehalten werden, dass die Effektivität der türkischen Vorschriften über die Einziehung von Taterträgen in Bezug auf die Bekämpfung unternehmensbezogener Delikte von untergeordneter Bedeutung zu sein scheint.

Zur Beseitigung der Mängel bzgl. der türkischen Einziehungsvorschriften könnten die deutschen Vorschriften eine Vorbild-Funktion erfüllen.

Weiterhin erscheint die Beseitigung der Mängel bzgl. des § 30 OWiG bzw. dem Art. 43/A tStGB durch den deutschen wie auch durch den türkischen Gesetzesgeber in naher Zukunft unumgänglich.

Als Lösungsweg bliebe mit der Ablehnung des Grundsatzes „societas delinquere non potest“ die Sanktionierung der juristischen Person im strafrechtlichen Sinne, wobei man zur Überwindung der dogmatischen Probleme das Schuldprinzip derart ausdehnen müsste, dass die persönliche Vorwerfbarkeit auch ggr. einer juristischen Person bejaht werden könnte. Dabei wäre die individuelle Schuld sowie die Schuld des Verbandes in begrifflicher Hinsicht aber auseinanderzuhalten.¹⁸¹

Wollte man das Strafgesetzbuch dahingehend reformieren, dass sich auch juristische Personen strafbar machen könnten, so würde dies eine Überarbeitung des konstituierenden Grundsatzes des Schuldprinzips erfordern, um eine Ergänzung vorhandener Strafvorschriften im Hinblick auf ihre Begehbarkeit durch juristische Personen bzw. die Neuformulierung von „Unternehmensstraftaten“ zu ermöglichen.

Zu beachten ist allerdings, dass durch eine strafrechtliche Lösung nicht alle Probleme beseitigt werden können. Insbesondere bleibt ungelöst, wie die Höhe des abzuschöpfenden Betrages zu definieren ist. Diese Probleme des § 30 OWiG bzw. Art. 43/A tStGB würden sich auch im neuen Tatbestand der Unternehmensstraftat wiederfinden, zusätzlich belastet durch die heikle Frage nach dem Schuldprinzip. Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen, ob es stattdessen vorzugswürdig wäre, die Mängel des § 30 OWiG bzw. Art. 43/A tStGB mit flankierenden Maßnahmen zu korrigieren. Um dies beantworten zu können, muss eine Abwägung des Aufwandes beider aufgezeigten Lösungswege erfolgen. Diese würde mit größter Wahrscheinlichkeit zu Lasten der strafrechtlichen Lösung ausfallen. Fraglich ist dann, ob allein die Natur des Strafrechtsworwurfs im Gegensatz zu dem moralisch geringeren Vorwurf der *Begehung* einer OWiG diesen Aufwand rechtfertigt.

¹⁸¹ Hartan, S. 252.

LITERATURVERZEICHNIS

- Achenbach H, 'Ausweitung des Zugriffs bei den ahnenden Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz' (2002) *wistra* 441-445
- Ackermann B, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen* (Peter Lang Verlag 1984)
- Altenhain K und Fleckstein L, in Matt H und Renzikowski J (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Auflage, Verlag Franz Vahlen 2020).
- Baytaz A B, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK md. 54-55)' (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009)
- Bekritsky G, 'Die Einziehung von Gesellschaftserträgen für die Tat' (2022) *NStZ* 207-211
- Bohnert J, *OWiG Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht* (3. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010)
- Brenner K, *Ordnungswidrigkeitenrecht, Lern- und Arbeitsbuch für Studenten der Fachhochschulen und Praktiker* (Vahlen Verlag 1996)
- 'Gewinnabschöpfung, das unbekannte Wesen im Ordnungswidrigkeitenrecht' (1998) *NStZ* 557-560
- 'Das Bruttoprinzip gilt für den Einzeltäter und für Unternehmen, nicht nur für den unschuldigen Täter oder Dritten' (2004) *NStZ* 256-259
- Bundesministerium der Justiz (ed), 'Einführung einer Verbandsstrafe (Strafbarkeit juristischer Personen)' in Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems (2000) 199-204
- Büttner M, *Ermittlung illegaler Vermögensvorteile: Abschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren* (1. Auflage, Richard Boorberg Verlag 2005)
- Centel N, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması' (2016) 65 (4) *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 3313-3326
- Creifelds C, *Rechtswörterbuch* (19. Auflage, C.H. Beck Verlag 2007)
- Dannecker G, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts (2001) *GA* 101-130
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (17. Auflage, Seçkin Verlag 2022)
- Ehrhardt A, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschen und US-amerikanischem Recht* (Duncker & Humblot Verlag 1994)
- Eidam G, *Unternehmen und Strafe* (Carl Heymanns Verlag 1993)
- *Straftäter Unternehmen* (C.H. Beck Verlag 1997)

- – ‘Die Verbandsgeldbuße des § 30 Abs. 4 OWiG - eine Bestandsaufnahme’ (12/2003) wistra 447-456
- Engisch K, Referat zum Thema ‘Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?’ (1954) Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages 1953 Band II, S. E 7- S E 41
- Eser A, in Schönke Adolf und Schröder Horst (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Auflage C.H. Beck Verlag 2010)
- Fischer T, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (58. Auflage, C.H. Beck Verlag 2011)
- Flume Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band Zweiter Teil: Die juristische Person* (Springer Verlag 1983)
- Förster H-J in Rebmann K, Roth W und Herrmann S (eds), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (3. Auflage, 15. Lieferung, Kohlhammer Verlag 2010)
- Fromm I E, ‘Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?’ (7/2007) ZIS 279-291
- Graf J (ed), *Beck OK OWiG* (39. Edition, Stand: 01.07.2023)
- Große Vorholt A, *Wirtschaftsstrafrecht Risiken-Verteidigung-Prävention* (2. Auflage, RWS Verlag 2007)
- Gürtler F in Göhler E (ed), *Ordnungswidrigkeitengesetz* (15. Auflage, C.F. Beck Verlag 2009)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler/Temel Hükümler* (18. Auflage, Astana Verlag 2020)
- Hamm R, ‘Auch das noch: Strafrecht für Verbände!’ (1998) NJW 662-663
- Hartan C C, Cora Constanze Hartan, *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Ein Rechtsvergleich angesichts europäischer Harmonisierungsbestrebungen* (Dr. Kovac Verlag 2006)
- Hartung F, Referat zum Thema ‘Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?’ (1954) Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages 1953 Band II, S. E 43-S. E 59
- Heuchemer M, in von Heintschel-Heinegg B (ed), *Beck OK StGB* (58. Edition, Stand: 01.08.2023, C.H. Beck Verlag 2023)
- Heger M, in Heger M (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H. Beck Verlag 2023)
- Hetzer W, ‘Verbandstrafe in Europa Wettbewerbsverzerrung durch Korruption’ (2007) EuZW 75-80
- Hirsch, Hans-Joachim, ‘Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen’, 107 (1995) ZStW 285-323

- Hölscher C und Retemeyer A, in Dölling D, Duttge G und König S (eds), *NomosKommentar, StGB/StPO/Nebengesetze, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar* (5. Auflage, Nomos Verlag 2022)
- Huss A, 'Die Strafbarkeit der juristischen Personen' 90 (1978) ZStW 237-260
- Jescheck H H, 'Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände' 65 (1953) ZStW 210-225
- – und Weigend T, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker & Humblot Verlag 1996)
- Kindler S, *Das Unternehmen als haftender Täter* (Nomos Verlag 2008)
- Kirch-Heim C, *Sanktionen gegen Unternehmen, Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten* (Duncker & Humblot Verlag 2007)
- Koca M, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>> Erişim Tarihi 01 Ekim 2023
- Koca M und Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (15. Auflage, Seçkin Verlag 2022)
- Koenen M, 'Die Zurechnung von Organverhalten bei juristischen Personen, Insbesondere zur Haftung der abordnenden Körperschaft gemäß §§ 116, 93 AktG i.V.m. § 31 BGB und zur Systematik der §§ 117, 317 AktG' (Hundt Druck 1991)
- Kohler J, 'Straffähigkeit der juristischen Person' (1917) GA 500-506
- Korte M, *Juristische Personen und strafrechtliche Verantwortung* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 1991)
- – 'Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2005 -' (2007) NSTZ 21-28
- Köhler H, *BGB Allgemeiner Teil* (34. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010)
- Köhler M, 'Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung - Teil 1/2- Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis -' (2017) NSTZ 497-512
- Kudlich H und Oğlakcioğlu M T, *Wirtschaftsstrafrecht* (3. Auflage, C.F. Müller Verlag 2020)
- Kühne H H, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts* (8. Auflage, C.F. Müller Verlag 2010)
- Lackner K und Kühl K, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C.H. Beck Verlag 2011)
- Lang-Hinrichsen D, 'Verbandsunrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten' (1966) Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Hell- muth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965) 49-78
- Laue C, 'Die strafrechtliche Verantwortung von Verbänden' (2010) JURA 339-346
- Marcuse H, 'Die Verbrechensfähigkeit der juristischen Person' (1917) GA 478-499

- Maurach R und Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* (8. Auflage, C.F. Müller Verlag 1992)
- Meyer-Goßner L und Bertram Schmitt B, *Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (58. Auflage, C.H. Beck Verlag 2015)
- Mitsch W, *Recht der Ordnungswidrigkeiten* (2. Auflage, Springer Verlag 2005)
- –, in Senge L (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (3. Auflage, C.H. Beck Verlag 2006).
- –, in Mitsch W (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (5. Auflage, C.H. Beck Verlag 2018)
- Mittelsdorf K, *Unternehmensstrafrecht im Kontext* (C.F. Müller Verlag 2007)
- Modlinger F, *Brauchen wir zur Korruptionsbekämpfung ein Unternehmensstrafrecht?* (Dr. Kovac Verlag 2010)
- Napp M B, *Unternehmensstrafbarkeit und Unternehmenskuratel* (Wissenschaftlicher Verlag 2006)
- Özbek V Ö, Doğan K. und Bacaksız P, *Ceza Genel Hukuku, Temel Bilgiler* (13. Auflage, Seçkin Verlag 2022)
- Özcan O, 'Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu' in Eric Hilgendorf und Yener, Ünver (eds), *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt (Band): III, (Yeditepe Üniversitesi Verlag 2010) 307-345*
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler* (18. Auflage, Seçkin Verlag 2022)
- Öztürk B und Erdem M, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Auflage, Seçkin Verlag 2022)
- Peglau J, 'Unbeantwortete Fragen der Strafbarkeit von Personenverbänden' (2001) ZRP 406-409
- Perron W, in Schönke A und Schröder H (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Auflage, C.H. Beck Verlag 2010)
- Pohl-Sichtermann R, *Geldbuße gegen Verbände - § 26 OWiG Bochum* (Studienverl. Brockmeyer 1974)
- Rogall K, in Mitsch W (ed), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (5. Auflage, C.H. Beck Verlag 2018).
- Rosenkötter G, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten* (6. Auflage, Richard Boorberg Verlag 2002)
- Roxin C, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre* (4. Auflage, C.H. Beck Verlag 2006)

- Rübenstahl M, 'Bruttoabschöpfung nach neuem Recht - alte und neue Probleme (Die Perspektive eines Strafverteidigers)' (2018) NZWiSt 255-261
- Saliger F, in Kindhäuser U, Neumann U und Paeffgen H-U (eds), *Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlag 2023).
- Schmidt K, *Gesellschaftsrecht* (4. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2002)
- Scholl C, 'Strategisches Management zwischen Recht und Markt: Zur Kontrolle des Managements in Kapitalgesellschaften-Eine rechtsökonomische Analyse' in Götze U und Lang R (eds), *Strategisches Management zwischen Globalisierung und Regionalisierung* (Gabler Edition Wissenschaft Verlag 2008)
- Scholz R, 'Strafbarkeit juristischer Personen?' (2000) ZRP 435-440
- Schroth H J, 'EG-Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen' (1984) wistra 164-168
- Schünemann B, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (Carl Heymanns Verlag 1979)
- Schwinge C, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts* (Centaurus Verlag 1996)
- Tiedemann K, 'Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität' (1988) NJW 1169-1174
- Többens H, 'Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten' (1999) NSTZ 1-8
- Wegner C, *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen* (Peter Lang Verlag 2000)
- –, 'Die Auswirkungen fehlerhafter Organisationsstrukturen auf die Zumessung der Unternehmensgeldbuße' (10/2000) wistra 361-367
- – 'Ist § 30 OWiG tatsächlich der „Königsweg“ in den Banken-Strafverfahren?' (2001) NJW 1979-1984
- –, 'Strafrecht für Verbände? Es wird kommen!' (1999) ZRP 186-189
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, DE Gruyter Verlag 1969)
- Werner R in Weber K (ed), *Rechtswörterbuch* (31. Edition, C.H. Beck Verlag 2023)
- Wessels J und Beulke W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (40. Auflage, C.F. Müller 2010)

Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni^(*)

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER^(**)

Öz

Zimmet suçu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 247'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, bir kamu görevlisinin, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine bırakılmış olan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesiyle işlenir. Zimmete geçirme, mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmayı ifade etmektedir. Türk doktrininde genel olarak, kamu görevlisinin, zilyetliği veya koruma ve gözetimi kendisine bırakılan ve ekonomik değeri çok düşük olan malı zimmetine geçirmesi halinde TCK'nın 247'nci maddesindeki suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir. Çalışmamızda, "müsamaha edilen zimmet" olarak ifade edilen bu durumun mahiyeti ile bu nitelikteki fiillerin cezalandırılmamasının hukuki gerekçesi doktrindeki görüşler doğrultusunda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Zimmet, Müsamaha Edilen Zimmet, Hukuka Uygunluk Sebebi, Varsayılan rıza, Sosyal Uygunluk.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:](#) 31.08.2023 - [Kabul Edildiği Tarih:](#) 04.10.2023.

[Atıf Şekli:](#) Arif Emre Sümer, 'Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1241, 1269.

[DOI:](#) 10.52273/sduhfd..1353243.

^(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye.

[E-posta:](mailto:arifemre.sumer@bakircay.edu.tr) arifemre.sumer@bakircay.edu.tr.

[Orcid:](http://orcid.org/0000-0001-7382-4922) <http://orcid.org/0000-0001-7382-4922>.



The Concept of Tolerated Embezzlement in Turkish Criminal Law and the Reason for not Punishing Tolerated Embezzlement

Abstract

The crime of embezzlement is regulated in Article 247 of the Turkish Penal Code (TCK). This offense is committed when a public official embezzles from himself or someone else the property, the possession of which has been left to him due to his duty or which he is obliged to protect and supervise. Embezzlement refers to disposing of the property as if it were the owner. In the Turkish doctrine, it is generally accepted that the offense under Article 247 of the TCK will not occur if the public official embezzles the property whose possession or protection and supervision is entrusted to him and whose economic value is very low. In our study, the nature of this situation, which is expressed as “*tolerated embezzlement*”, and the legal justification for not punishing such acts will be examined in line with the opinions in the doctrine.

Keywords

Embezzlement, Tolerated Embezzlement, Reason of Lawfulness, Presumed Consent, Social Convenience.

Extended Summary

The Turkish Criminal Code (TCK) does not specify whether the offense of embezzlement will occur if a public official uses for his own private needs a property of very low economic value, the possession of which is left to him or which he is obliged to protect and supervise.

The majority of the doctrine argues that the crime of embezzlement will not occur in this case, which is referred to as tolerated embezzlement. As a matter of fact, in the justification of Article 249 of the TCK, which regulates the crime of embezzlement, it is stated that this act can be met with tolerance if the value of the embezzled property is very small. Although the majority of the doctrine states that tolerated embezzlement will not be punished, there are different opinions among the authors on the justification for reaching this conclusion.

According to the first of the views that argues that tolerated embezzlement does not constitute a crime and will not be punished, the justification for this result is that the illegality element of the act will disappear with the presumed consent of the administration. When the unlawfulness element of the offense is absent, it is not possible to talk about the existence of a punishable act. In other words, this view states that with the presumed consent of the administration, acts of embezzlement that are tolerated will become lawful.

According to another view that argues that tolerated embezzlement does not constitute a crime and will not be punished, the justification for this conclusion is that the unlawfulness of such acts will be eliminated by custom and usage. In other words, this view states that acts of embezzlement that are tolerated by custom and usage will become lawful.

According to the last opinion in the doctrine, which argues that tolerated embezzlement does not constitute a crime and will not be punished, and which is also correct in our opinion, the justification for this conclusion is the social appropriateness of such acts, not the fact that they become lawful by custom and usage or the presumed consent of the administration.

Tolerated embezzlement cannot become lawful with the presumed consent of the administration. This is because the consent of the relevant person is a reason of lawfulness regulated in the second paragraph of Article 25 of the TCK. In order for consent to render an act lawful; the person must have a right that he/she can absolutely dispose of, the person must be competent to give consent, the consent must not be based on a defective will, the consent must be disclosed before the act and the consent must not be contrary to law and morality.

The consent of the person concerned does not constitute a reason for compliance with the law in crimes regulated under the "Crimes Against Society" and "Crimes Against the Nation and the State" sections of the TCK, where everyone who makes up the society is a victim. This is because the person or persons who will consent to the act are not certain. Since the victim of the crime of embezzlement is everyone constituting the society, it is not legally possible for the administration to consent to an act of this nature.

Therefore, in the crime of embezzlement, the consent of the person concerned (the administration) cannot render the act lawful.

The second justification for the fact that tolerated embezzlement cannot become lawful with the presumed consent of the administration is that lawfulness is related to the entire legal order. In other words, the acceptance of an act as lawful will eliminate its unjust character, and it will not be possible to apply sanctions in other areas of law to the act in question. Even if it can be said that tolerated embezzlement does not constitute a crime, it cannot be said that this act, which essentially continues to be unjust, is in accordance with the law.

The legal justification for not punishing tolerated embezzlement cannot be the acceptance that such acts become lawful through custom and tradition. Because, although it is accepted by some authors in the doctrine that custom and tradition may be a reason for compliance with the law, as explained above, the fact that an act is in accordance with the law means that it does not contradict any area of the legal order. Although tolerated embezzlement is not punishable, it cannot be said that acts of this nature are in compliance with the entire legal order.

The reason why tolerated embezzlement is not punished is the social appropriateness of such acts. This is because, in the course of the historical process, it is possible to exclude certain acts that comply with the legal definition from the punishable area due to their tolerability in the eyes of society. Here, in fact, the elements in the legal definition of the crime have come to the fore in terms of its external appearance, but the act is not punished because it is in conformity with the social order. In other words, although the unjust character of the tolerated act of embezzlement continues, the typicality element of the crime is not completed.

Although there are different opinions in the doctrine, in our opinion, in case of social conformity of the act, a reason for compliance with the law does not arise, and this situation causes the disappearance of typicality. As a matter of fact, tolerated embezzlement is not a lawful act. This act, which continues to be unjust, ceases to be punishable only due to social conformity. It is possible to impose disciplinary sanctions on the public official who commits the act of tolerated embezzlement, as well as to compensate the resulting damage from the public official. If the tolerated embezzlement is deemed to be lawful, it would not be possible to impose these sanctions on the public official.

GİRİŞ

Yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenmesi mümkün olan zimmet suçu, bir kamu görevlisinin, görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesiyle işlenir. Zimmete geçirme, mal üzerinde bir malikin bulunabileceği tasarruflarda bulunma anlamına gelir.

Bu suçun düzenlendiği TCK'nın¹ 247'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, kul lanma zimmeti olarak da ifade edilen, kamu görevlisinin zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı geçici bir süre kullandıktan sonra iade etmek üzere zimmete geçirmesi hali daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde TCK'nın 249'uncu maddesinde de zimmete geçirilen malın değerinin düşük olması durumu daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu ekonomik değeri çok düşük bir malı kendi özel ihtiyaçları için kullanması durumunda ise zimmet suçunun oluşup oluşmayacağına ilişkin bir belirleme kanunda bulunmamaktadır.

Doktrinin büyük çoğunluğu, müsamaha edilen zimmet olarak ifade edilen bu durumda zimmet suçunun oluşmayacağını savunmaktadır. Nitekim, TCK'nın 249'uncu maddesinin gerekçesinde de zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda bu fiilin hoşgörü ile karşılanabileceği ifade edilmiştir. Doktrinde büyük çoğunluk müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmayacağını belirtmekle birlikte bu sonuca ulaşma gerekçesi noktasında müellifler arasında farklı görüşler vardır. Çalışmamızda zimmet suçu hakkında genel bilgiler verildikten sonra, müsamaha edilen zimmetin anlamı ve kapsamı, müsamaha edilen zimmetin nasıl belirleneceği ve benzer kavramlardan farkı ile bu nitelikteki fiillerin neden cezalandırılmadığı doktrinde görüşler doğrultusunda analiz edilecektir.

I. ZİMMET SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bu başlık altında zimmet suçu hakkında genel bilgiler verilirken kabul ettiğimiz suç teorisinin sistematığından hareket edilecektir. Bu kapsamda ilk olarak zimmet suçunda korunan hukuki değerin ne olduğu açıklanacaktır. Daha sonra, çalışmanın konusu itibarıyla önem arz eden suçun maddi unsurları ile suçun manevi unsuru ortaya konulacaktır. Suçun maddi unsurları kapsamında; suçun konusu, fail, mağdur,

¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2014/25611.

fiil ve nitelikli haller ele alınacaktır. Nedensellik bağı ve objektif isnadiyete değinilmeyecektir. Suçun sırf hareket suçu niteliğinde olması nedeniyle netice unsurundan da bahsedilmeyecektir. Suçun bir diğer unsuru olan hukuka aykırılıkla ilgili açıklamalara müsamaha edilen zimmet kavramı açıklanırken yer verileceği için bu başlık altında ayrıca değinilmeyecektir. Çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmaması ve farklı bir özellik arz etmemesi sebebiyle suçun unsurları dışında kalan suçun özel görünüş şekilleri ile kusurluluk bahsine de burada değinilmeyecek, yalnızca TCK'nın 248'inci maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünden bahsedilecektir.

A. Korunan Hukuki Değer

Zimmet suçu TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiştir². Suçun kanunda düzenlendiği yeri de göz önünde bulunduran doktrinin çoğunluğuna göre bu suç ile korunan hukuki değer, kamu görevlilerinin görevlerinin gereğine uygun davranacaklarına dair toplumda duyulan güvendir³. Nitekim sosyal barışın tesisi ve devamı toplumsal güvene dayanmaktadır. Toplumun en çok güvenmesi gereken kişiler ise kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kendilerine bırakılmış olan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu mallar üzerinde bu amaca aykırı tasarruflarda bulunmaları halinde sosyal barış zarar görecektir ve kamu görevlilerine duyulan güven sarsılacaktır. Bu neticeyi önlemek amacıyla zimmet suçu ihdas edilmiştir.

² TCK m.247: "(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir."

³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 969; Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008) 66-72; Volkan Aslan, 'Zimmet Suçu' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 43,48; Doktrindeki bazı müelliflere göre bu suçla ayrıca Devletin mali menfaatleri de korunmaktadır. Bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (8. Baskı, Savaş Yayınevi 2015) 280, Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2014) 735; Rezzan İtişgen, 'Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 639,640; Doktrinde Aytakin İnceoğlu, zimmet suçunda korunan hukuki değer in birden fazla olduğunu belirtmektedir. Müellife göre bu suçla, hem kamu görevlilerinin dürüst davranma yükümlülükleri sebebiyle kamu idaresine duyulan güven hem de malın üçüncü kişiye ait olması halinde bu kişilerin mali menfaatleri korunmaktadır. Bkz. Asuman Aytakin İnceoğlu, 'Zimmet' Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 21.

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

Suçun konusu, görevi gereği zilyetliği kamu görevlisine bırakılmış olan veya kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğünün olduğu taşınır veya taşınmaz mallardır⁴. Burada önemli olan husus, suça konu malın herhangi bir sebeple kamu görevlisinin eline geçmesi değil, kamu görevlisine görevi gereği teslim edilmiş olmasıdır⁵. Bu suç bakımından mal kavramının içine para, kıymetli evrak ve tahvil gibi Devlete ait diğer değerler de girmektedir⁶.

2. Fail

Zimmet suçu yalnızca kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü bir suçtur⁷. Bu suçun faili herkes olamaz⁸. Kamu görevlisi kavramı TCK'nın 6'ncı maddesinde

⁴ Toroslu (n 3) 281; Taşınmaz malın suçun konusu olamayacağına ilişkin görüş için bkz. Zeki Hafızoğulları ve Ezgi Aygün Eşitli, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2014) 13; Zimmet suçu 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesinde düzenlenmekteydi. Suça konu olacak mallar madde metninde para, para hükmündeki evrak ve senetler ve sair mallar olarak ifade edilmekteydi. 765 sayılı TCK'da düzenlenen zimmet suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. Faruk Erem, 'Zimmet ve İhtilas' (1957) 14(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38-47. Doktrindeki bazı müelliflere göre "mal" terimi her türlü eşyayı kapsadığından 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesinde diğer ibarelere yer verilmesi gereksiz bir durumdu. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 967.

⁵ Neslihan Can, 'Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu' (2020) 25(43) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 253.

⁶ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2012) 14; Aslan (n 3) 48; Soyaslan (n 3) 735; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 977-979; Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önoğ, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 1252; Aytekin İncooğlu (n 3) 33.

⁷ Toroslu (n 3) 282; Soyaslan (n 3) 736; Ahmet Hulusi Akkaş ve Eren Akpınar, 'Kullanma Zimmeti' (2021) (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 465,467; Aytekin İncooğlu (n 3) 22; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 974; Kamu görevlisi olmayan bir kişiye muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere bırakılan bir mal üzerinde bu kişi tarafından malik gibi tasarrufta bulunulması ya da devir olgusunun inkar edilmesi halinde TCK'nın 155'inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu gündeme gelecektir. İlgili suç tipi şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

⁸ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu TCK'nın 247'nci maddesine göre özel hüküm niteliği taşıdığından, bu suçun "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları" tarafından işlenmesi durumunda bankacılık zimmeti suçu gündeme gelecektir.

“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kanunda kamu görevlisinin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bu niteliğe sahip olmayan kişilerin zimmet suçunun faili olması mümkün olmamakla birlikte, failin kamu görevlisi sıfatını bilmeleri halinde azmettiren ya da yardım eden olarak suçun işlenişine iştirak etmeleri mümkündür⁹.

3. Mağdur

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen diğer suçlarda olduğu gibi, bu suçta da mağdur toplumu oluşturan herkeştir¹⁰. Zira, kendilerine bir malın zilyetliği bırakılan veya bir mal üzerinde koruma ve gözetim yetkisi olan kamu görevlilerinin bu görevin gereğine uygun hareket edeceklerine dair toplumda bir güven bulunmaktadır. Bu suçun işlenmesiyle söz konusu güven zedelenmekte, dolayısıyla toplumdaki herkes mağdur olmaktadır¹¹. Malın zimmete geçirilmesinden müşahhas olarak zarar gören kişiler ise suçtan zarar gören sıfatını haizdirler¹².

4. Fiil

Zimmet suçu, kamu görevlisinin, zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu bir malı kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesiyle işlenmiş olur. Burada zikredilen zimmete geçirmeden maksat; mal üzerinde zilyetliği haklı gösteren sebeplerle bağdaşmayan ya da malın tahsis amacına aykırı işlemlerde bulunmak, başka bir deyişle zilyetliği mülkiyete dönüştürmektir¹³. Dolayısıyla, ancak malikin tasarrufundaki yetkileri kamu görevlisinin ya da malı zimmetine geçirdiği üçüncü kişinin gerçekleştirme imkânı bulması halinde zimmet suçu gündeme gelecektir¹⁴. Bu yetkiler malın kullanılması, semerelerinden yararlanılması, tüketilmesi veya mal üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunulmasıdır¹⁵.

Bkz. Devrim Güngör, ‘5411 sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu’ (2009) 67(4) Ankara Barosu Dergisi 23,23.

⁹ Aslan (n 3) 49; Hafizoğulları ve Aygün Eşitli (n 4) 11.

¹⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 977; Can (n 5) 257-258; Aytekin İnceoğlu (n 3) 30.

¹¹ Aslan (n 3) 52.

¹² Özgenç (n 6) 48-49; Aslan (n 3) 52; Aytekin İnceoğlu (n 3) 30.

¹³ Toroslu (n 3) 283; Soyaslan (n 3) 737; Özgenç (n 6) 21; Selami Turabi, *Zimmet Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012) 39-40.

¹⁴ Özgenç (n 6) 21; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 970; Can (n 5) 258.

¹⁵ Oğuz Sadık Aydos, *Pratik Eşya Hukuku* (5. Baskı, Gazi Kitabevi 2022) 123; “Suç konusu malın zimmete geçirilmesi, mal üzerinde malik sıfatıyla tasarrufta bulunmasıdır. Mal edinme malın

Sırf hareket suçu niteliğinde olan zimmet suçu icrai bir fiille işlenebileceği gibi ihmalî bir fiille de işlenebilir¹⁶. Malın yok edilmesi ya da bozulması durumunda zimmet suçu oluşmaz¹⁷. Zimmete geçirme kastı olmaksızın kamu görevlisinin zilyetliğine veya koruma ve gözetimine bırakılan malın kötüye kullanılması halinde yine zimmet suçu gündeme gelmeyecektir¹⁸.

amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde olabileceği gibi, bir başkasına satılması ya da devri şeklinde gerçekleşmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.", Yargıtay CGK, 5-1111/638, 5.11.2019 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

¹⁶ Can (n 5) 259-261; Aytekin İnceoğlu (n 3) 39; "1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 151. maddesine göre Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi sayılan noterlerin bu Kanun'un 118. maddesi gereğince noterliklerde yapılan işlemler ve düzenlenen kağıtlar dolayısıyla özel kanunları uyarınca ödenmesi gereken ve makbuz karşılığı tahsil ettikleri vergi, resim ve harçlar ile değerli kağıt bedellerini aynı Kanun'un 119., daha sonra yürürlüğe giren 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu uyarınca tahsil ettikleri katma değer vergisini ise anılan Kanun'un 46. maddesinde gösterilen sürelerde ilgili vergi dairesine yatırmalarının gerektiği, olay tarihlerinde noter olan sanığın 2001 yılı Ağustos ayından 2002 yılı Eylül ayına kadar yaptığı işlemler sırasında bu verginin asıl mükellefi iş sahiplerinden peşin tahsil ettiği toplam 18.738.950.000 lira tutarındaki (18.738,95 TL) katma değer vergilerini yatırmayarak mal edindiğinin, yine 2001 yılı Eylül, Kasım ve Aralık ayları içerisinde mevzuat gereği 15'er günlük dönemler halinde ve her dönem sonunda 7 iş günü içerisinde Maliye'ye yatırmak zorunda olduğu toplam 11.149.841.479 lira (11.149,84 TL) harç, damga vergisi ve değerli kağıt bedellerini dönemler itibarıyla yatırmaması gereken 25.09.2001, 09.10.2001, 26.11.2001, 11.12.2001 ve 10.01.2002 tarihleri yerine 23 ila 94 gün arasındaki gecikmelerle yatırmak suretiyle bu miktarları 17.10.2002 tarihli inceleme tutanağında belirtilen sürelerde uhdesinde tuttuğunun idari soruşturma raporu ve ekinde yer alan tespitler ve sanığın ikrarıyla sabit olduğu, 2001 yılı Eylül, Kasım ve Aralık ayları içerisinde yatırmadığı harç, damga vergisi ve değerli kağıt bedellerinin, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 118, 119 ve 120. maddeleri uyarınca S... İkinci Noteri olan sanığa görevinden dolayı tevdi edilmiş olması, bu değerler üzerinde muhafaza ve denetim sorumluluğunun bulunması ve açıklanan düzenlemeler karşısında ilgililerinden nakden alıp, beyan ve ödeme için öngörülen zaman aralıklarında muhafaza ederek, doğru ve eksiksiz biçimde Hazine'ye intikalini teminle görevli olan sanığın eyleminin zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturacağı, noterlik görevinin niteliği ve suça konu paranın bu görevden dolayı tevdi edilmiş olması nedenleriyle katma değer vergisini ödemeyen diğer serbest meslek erbaplarıyla eş tutulamayacağı ve ödemedi kaçınmanın gecikme zammına neden olmasının da bu durumu değiştirmeyeceği, ilk hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesinin de sanık açısından yalnızca ceza miktarı itibarıyla kazanılmış hakka konu olacağı gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde beraate kararı verilmesi...", Yargıtay 5 CD, 126/25109, 08.12.2011 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

¹⁷ Can (n 5) 258.

¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 971; Toroslu (n 3) 283: Müellifin verdiği bir örneğe göre, harcanma biçimi takdire bağlı olan bir paranın israf edilmesi zilyetliğin kötüye kullanılmasına örnektir ve burada zimmet suçu oluşmamıştır.

5. Nitelikli Hâller

Zimmet suçunun düzenlendiği TCK'nın 247'nci maddesinin ikinci fıkrasında daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hale, 249'uncu maddede ise daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hale yer verilmiştir. Buna göre, suçun zimmetin açığa çıkmamasına yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır¹⁹. Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması halinde ise faile verilecek cezanın yarı oranına kadar indirilmesi mümkündür. Malın değeri, suçun işlendiği zamana göre belirlenecektir²⁰.

TCK'nın 247'nci maddesinin üçüncü fıkrasında "kullanma zimmeti" olarak ifade edilen, zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde hâkime daha az ceza verilmesi noktasında takdir yetkisi veren bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, kamu görevlisinin söz konusu malı iade etmek üzere ve mal edinme amacı gütmeksizin geçici süreliğine zimmetine geçirmesi durumunda cezasında indirim yapılabilecektir²¹.

C. Suçun Manevi Unsuru

Zimmet suçu ancak kast ile işlenebilir²². Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. En genel anlamıyla kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve

¹⁹ Failin zimmet suçunun ortaya çıkmasını engellemek için resmî veya özel belgede sahtecilik yapması durumunda TCK'nın 212'nci maddesi uyarınca hem zimmet suçundan hem de resmî belgede sahtecilik ya da özel belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Bkz. Özgenç (n 6) 35.

²⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 983; Toroslu (n 3) 289; Turabi (n 13) 111; Aslan (n 3) 64; Faile daha az ceza verilmesi sonucunu doğuran bu duruma 765 sayılı TCK döneminde de yer verilmekteydi. Bkz. Erem (n 4) 45-46.

²¹ Akkaş ve Akpınar (n 7) 474; "Tüm dosya kapsamına, bilirkişi kurulu raporuna, hayatın olağan akışına göre Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığında başmüfettiş olarak görev yapan sanık S. S.'un, 2009 yılı Nisan, Temmuz, Eylül, Ekim, Kasım, Aralık ve 2010 yılı Ocak aylarında aldığı harcırah avanslarından yaptığı harcamalar düşüldükten sonra kalan miktarları Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinin 92. maddesi uyarınca ilgili ayın son günü iade etmesi gerekirken, Nisan 2009 tarihinde 1.144,05 TL avans artığını 209 gün, Temmuz 2009'da 690,20 TL avans artığını 159 gün, Eylül 2009'daki 2.175,50 TL avans artığını 98 gün, Ekim 2009'daki 1.688,77 TL avans artığını 83 gün, Kasım 2009'da 210,27 TL avans artığını 60 gün, Aralık 2009'daki 1.821,55 TL avans artığını 74 gün, Ocak 2010'daki 1.412,06 TL avans artığını 73 gün üzerinde tuttukten sonra kurumun hesabına yatırması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan eylemlerinin zincirleme kullanma zimmeti suçunu oluşturduğu nazara alınarak...", Yargıtay 5 CD, 7176/1094, 19.01.2015 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 04 Ağustos 2021.

²² Soyaslan (n 3) 738; İtişgen (n 3) 647; Halid Özkan, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 67-68; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 7456.

isteyerek gerçekleştirilmesidir²³. Failde, zilyetliğine veya koruma ve gözetimine bırakılan malı zimmete geçirme bilinç ve iradesinin bulunduğu genel kastın varlığı yeterlidir, ayrıca bir saik veya amaca gerek bulunmamaktadır²⁴. Suçun olası kast ile işlenmesi de mümkündür²⁵.

D. Suçun Cezasında İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep: Etkin Pişmanlık

TCK'nın 248'inci maddesinde zimmet suçunda geçerli olmak üzere bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Etkin pişmanlık; suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonra, failin pişmanlık duyarak suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya suçu ve suçluların ortaya çıkarılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması halinde cezanın ortadan kaldırılması ya da daha az ceza verilmesini gerektiren şahsi bir sebeptir²⁶.

Dolayısıyla, bu etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için zimmet suçunun tamamlanmış olması gerekmektedir. Zimmet suçu, zimmete geçirme fiillerinin gerçekleştiği anda tamamlanmış olur²⁷. Hükme göre etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için failden beklenen aktif edim, zimmete geçirilen malın aynen iadesi veya zararın tamamen tazmin edilmesidir²⁸. Bu aktif edimin soruşturma

²³ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler* (8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 460-463; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş Yayınevi 2013) 197; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Beta Yayınevi 2019) 290-292; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 397; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 242-243; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 241-242; Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 258.

²⁴ Toroslu (n 3) 286; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 983.

²⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 1273.

²⁶ Bkz. Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013) 3-4; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II* (14. Bası, Der Yayınları 2019) 151-152; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 446; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 517; Arif Emre Sümer, 'Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 5.

²⁷ Toroslu (n 3) 285; Özkan (n 22) 60; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 22) 7456; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 1265.

²⁸ Can (n 5) 269-270; Turabi (n 13) 128; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 988; 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesinde düzenlenen zimmet suçu bakımından da zararın tazmini cezanın

başlamadan önce yerine getirilmesi halinde failin cezasının üçte ikisi, kovuşturma başlamadan önce yerine getirilmesi durumunda yarısı, hüküm verilmeden önce yerine getirilmesi halinde ise üçte biri indirilir. Bu ceza indirimlerini yapıp yapmama noktasında hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır.

II. MÜSAMAHA EDİLEN ZİMMET KAVRAMI

A. Genel Olarak

Müsamaha kelimesi Türkçe sözlükte *hoşgörü, görmezlikten gelme, göz yumma* anlamlarına gelmektedir²⁹. Müsamaha edilen zimmet kavramının ceza hukukundaki karşılığı da müsamaha kelimesinin sözlük anlamıyla paraleldir. Kamu görevlilerinin kendilerinin zilyetliğine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü oldukları çok değerli malları sıklıkla kendi özel ihtiyaçları için kullanıp tükettikleri bilinen bir gerçektir. Örneğin, kamu görevlisi, görevini icra ederken kullanması için zilyetliği kendisine bırakılan kalem, kağıt, silgi, zarf gibi oldukça düşük değerdeki malları özel işleri için kullanıp tüketmiş olabilir. Bu gibi durumlarda ilk bakışta TCK'nın 247'nci maddesinde düzenlenen zimmet suçunun unsurlarının oluştuğu söylenebilir. Bu sebeple, bu nitelikteki fiilleri işleyen kamu görevlilerinin zimmet suçundan cezalandırılıp cezalandırılmayacakları meselesi aydınlatılmaya muhtaçtır.

B. Müsamaha Edilen Zimmetin Belirlenmesi ve Benzer Kavramlardan Farkı

Müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının sebebini incelemeye geçmeden önce, bu nitelikteki fiillerin nasıl belirleneceği meselesi ile kullanma zimmeti ve zimmete geçirilen malın değerinin az olması hallerinin müsamaha edilen zimmetten farkını ortaya koymak gerekmektedir.

Kullanma zimmeti, TCK'nın 247'nci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ve fail hakkında zimmet suçunun temel şekline göre hâkime daha az ceza verme yetkisi veren nitelikli bir haldir. Zimmete geçirilen malın değerinin az olması ise, TCK'nın 249'uncu maddesinde düzenlenen ve yine fail hakkında zimmet suçunun temel şekline göre daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli haldir. Kullanma zimmetinden farklı olarak burada cezada indirim yapılıp yapmama noktasında hâkime takdir yetkisi verilmemiştir.

azaltılması sonucunu doğuran bir sebep olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bkz. Erem (n 4) 46-47, Süheyl Donay, 'Türk Hukukunda Zimmet' (1968) 2(3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 23,48-49.

²⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04 Ağustos 2021.

Kullanma zimmetinde fail, mal edinme amacı gütmeyen, zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı geçici bir süre kullandıktan sonra iade etmek üzere zimmetine geçirmektedir³⁰. Dolayısıyla, burada zimmete geçirme iradesi, kamu görevlisinin çok düşük değerdeki malı kendi özel ihtiyaçları için kullanmasını ifade eden müsamaha edilen zimmette olduğu gibi sürekli değil geçici niteliktedir. Ayrıca kullanma zimmetindeki iade iradesinin zorlayıcı bir sebebe dayanmaması gerekir³¹.

Müsamaha edilen zimmeti TCK'nın 249'uncu maddesinde düzenlenen ve failin cezasında indirim yapılmasını öngören nitelikli hal olan zimmete geçirilen malın değerinin az olmasından ayıran tek husus ise malın ekonomik değeridir. TCK'nın 249'uncu maddesinde düzenlenen nitelikli halin gündeme gelebilmesi için malın düşük de olsa belirli ağırlıkta bir değerinin olması gerekmektedir. Değer azlığının nasıl belirleneceği konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, değer azlığının belirlenmesinde failin veya mağdurun değil ortalama bir bireyin ekonomik durumunun temel alınmasının isabetli olacağını belirtirken, diğer bir görüş suça konu malın değerinin fail ve mağdur açısından ele alınıp objektif ve subjektif değerlendirmenin birlikte yapılması gerektiğini ifade etmektedir³². Bu görüşlerden herhangi biri benimsenip somut olayda gerekli değerlendirme yapıldıktan sonra suça konu malın değerinin az olduğuna kanaat edilirse bu kez de bu değer azlığının müsamaha edilen zimmet kapsamında kalıp kalmadığı incelenecektir.

Kanaatimizce tüm bu değerlendirmeler ortalama bir kişinin ekonomik durumuna göre, başka bir deyişle objektif olarak yapılmalıdır. Yapılacak objektif değerlendirme sonucunda malın değerinin az olduğuna karar verilirse bu değer azlığının müsamaha edilen zimmet kapsamında olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilmelidir. Bu inceleme yapılırken müsamaha edilen zimmete konu malın kapsamı oldukça dar tutulmalıdır. Yalnızca kamu görevlisinin kendi özel ihtiyaçları için

³⁰ Akkaş ve Akpınar (n 7) 473; Can (n 5) 264; İtişgen (n 3) 650-651; Aslan (n 3) 56 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 984; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 1262-1263; Yaşar, Gökcan, ve Artuç (n 22) 7463-7465; Soyaslan (n 3) 737; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 890-891.

³¹ "Öte yandan eylemin kullanma zimmeti olarak kabul edilebilmesi için, failin görevi gereği yasal olarak kendisine tevdi edilen parayı belirli bir süre kullanıp hakkında herhangi bir uyarı, ihbar, şikayet, denetim veya soruşturma olmaksızın kendiliğinden yatırması gerektiği, denetim ve şikayet sonrası ortaya çıkan bu fillerin dairemizin yerleşik uygulamalarına göre mal edinme kastiye bağlı olarak bir bütün halinde temellük zimmeti vasfında kabul edildiği", Yargıtay 5 CD, 11541/7128, 10.10.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 06 Ağustos 2021.

³² Bu görüşler için bkz. Can (n 5) 263.

zimmetine geçirdiği kalem, silgi ve kâğıt gibi çok değersiz ve önemsiz şeyler bu kapsamda değerlendirilmelidir³³. Ancak malın ekonomik değeri müsamaha edilen zimmet kapsamında değerlendirilebilecek kadar az olsa da idare ve toplum açısından stratejik önemi ve manevi değeri yüksek ise müsamaha edilen zimmetin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı esaslardan hareketle, Cumhuriyet savcısı tarafından fiilin müsamaha edilen zimmet kapsamında kaldırılmasının anlaşılması halinde, soruşturmaya başlamadan önce soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı, soruşturma başladıktan sonra ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

Zimmete geçirilen malın ekonomik değeri fiilin gerçekleştirildiği sırada çok düşük olmakla birlikte sonradan artmışsa, yine müsamaha edilen zimmetten bahsedilebilecektir. Nitekim ceza hukukunda suçun işlendiği zaman fiilin gerçekleştirildiği andır³⁴. Failin kastı da fiilin işlendiği ana göre belirlenir³⁵. Kamu görevlisinin, fiili işlediği sırada zimmetine geçirdiği malın ekonomik değerinin çok düşük olduğunu bilmesi müsamaha edilen zimmetin varlığı için yeterlidir. Fail fiilini bu durumu bilerek gerçekleştirmiş olmadıkça malın değerinin sonradan yükselmesi müsamaha edilen zimmetin ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, kamu görevlisi, zimmetine geçirdiği ekonomik değeri çok düşük malın değerinin sonradan artacağını bilerek bu fiili gerçekleştirmişse, artık müsamaha edilen zimmetin varlığından bahsedilemeyecektir.

Müsamaha edilen zimmet kapsamında değerlendirilebilecek fiillerin sürekli bir şekilde işlenmesi halinde zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı meselesi incelenmesi gereken başka bir husustur. Kamu görevlisinin, münferit olarak

³³ Yargıtay bir kararında kamu görevlisinin eski bir buzdolabını zimmetine geçirmesini şu gerekçelerle müsamaha edilen zimmet yerine TCK'nın 249'uncu maddesi kapsamında değerlendirmiştir: "Olay tarihinde T. İlçe Tarım müdürü olarak görev yapan sanığın çalıştığı kuruma ait olarak demirbaşa kayıtlı bulunan, aynı zamanda koruma ve gözetme yükümlülüğü de söz konusu olan suça konu buzdolabını mal edinme kastı ile amacı dışında evinde götürerek kullandığı şeklinde gerçekleştiği anlaşılan eyleminin TCK'nın 247/1. maddesinde tanımlanan basit zimmet suçunu oluşturacağı, eşyanın eski ve değerinin az olmasının aynı Kanunun 249. maddesine göre değer azlığı nedeniyle sadece cezada indirim gerektireceği, bu nedenle dosya kapsamına göre yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden "ceza gerektirici boyutta olmayıp hoşgörüle karşılanabilecek nitelikte" olması şeklinde dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle ve yanılığlı değerlendirme sonucu beraat kararı verilmesi", Yargıtay 5 CD, 14638/1988, 24.02.2014, karar için bkz. İhsan Akçin, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 165.

³⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 134; Doktrin *Koca ve Üzülmüş*, suçun işlendiği zamanın belirlenmesi konusunda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Müelliflere göre, sırf hareket suçlarında suçun işlendiği zaman fiilin gerçekleştirildiği an iken, neticeli suçlarda suçun işlendiği zaman neticenin meydana geldiği andır. Koca ve Üzülmüş (n 26) 80-81.

³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 265; Koca ve Üzülmüş (n 26) 166.

müsamaha edilen zimmet kapsamında kalan fiilleri belirli bir zaman aralığında ayrı ayrı işlemesi halinde, zimmete konu tüm malların toplam değerine bakılmalı ve bu değer müsamaha edilen zimmet sınırını aşıyorsa zimmet suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Şöyle ki, kamu görevlisinin müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiilleri zincirleme şekilde işlemesi halinde, zimmete geçirilen malların toplam değerinin tolere edilebilir alanın dışına çıkması durumunda artık müsamaha edilen zimmetten bahsedilemeyecektir. Bunun için bu nitelikteki fiillerin kısa bir zaman aralığında işlenmesi gerekmektedir. Fiiller arasında çok uzun zamanın geçtiği durumlarda her bir fiil bağımsız olarak ele alınmalıdır.

Müsamaha edilen zimmetin, suçun tamamlanmasından sonra gündeme gelen ve failin cezasında indirim yapılması sonucunu doğuran şahsi sebep niteliğindeki etkin pişmanlıktan farklı olduğu açıktır.

C. Müsamaha Edilen Zimmetin Hukuki Sonuçları

Kamu görevlisinin kendisinin zilyetliğine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu çok değerli malı kendi özel ihtiyaçları için zimmetine geçirmesi halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin bir hükme madde metninde yer verilmiş değildir. Ancak, TCK'nın 249'uncu maddesinin gerekçesinde, zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması halinde bu durumun hoşgörü ile karşılanabileceğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda, bu tasarruf, hoşgörüyle karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ihtiva ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörüyle karşılanabilir.”

Her ne kadar madde metninde bir açıklamaya yer verilmemiş olsa da madde gerekçesi ile kanun koyucunun bu konudaki iradesi ortaya konulmuş, müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir³⁶. Ancak bu sonucun hukuki sebebine madde gerekçesinde yer verilmemiştir.

³⁶ Yasemin Baba, 'Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 256. Müellif ayrıca, TCK'nın 145'inci maddesinde düzenlenen ve hırsızlık suçunda suça konu malın değerinin az olması halinde hakime ceza vermeme noktasında takdir yetkisi veren hükmün bir benzerinin zimmet suçu bakımından da kabul edilmesinin uygulamayı rahatlatacağını savunmaktadır. Müellife

Bu nitelikteki zimmet fiillerinin cezai sonuçları doktrinde de tartışılmaktadır. Dış görünüşü itibariyle suçun unsurları olduğundan müsamaha edilen zimmetin suç teşkil edip cezalandırılması gerektiği savunulabilir olmakla birlikte, madde gerekçesi ve aşağıda yapılacak olan açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda bu sonuca katılmanın mümkün olmadığı söylenmelidir. Nitekim Türk doktrininde müsamaha edilen zimmetin cezalandırılması gerektiğini belirten bir görüşe de rastlanmamıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre bu nitelikteki fiillerin işlenmesi ile zimmet suçu gündeme gelecek ancak failin cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Örneğin; bir kamu görevlisinin, kendisinin zilyetliğine bırakılan bir bilgisayardan kişisel işleri için çıktı alması halinde hem bilgisayarı amaç dışında kullanması söz konusu olacak hem de kullanılan kağıtlar mal edinilmiş olacaktır. Bu durumda da zimmet suçu oluşacaktır³⁷. Ancak bu görüşe göre, bu nitelikteki fiillerin işlenmesi ile her ne kadar zimmet suçu oluşacaksa da failin durumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun³⁸ (CMK) 223'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine göre değerlendirilmeli ve bu kişiler hakkında işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle "ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilmelidir³⁹.

Kanaatimizce, aşağıda gerekçesi açıklanacak olmakla birlikte, müsamaha edilen zimmetin varlığı halinde bir suçun olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bir an için müsamaha edilen zimmetin varlığı halinde suçun olduğu kabul edilirse de CMK'nın 223'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı" sebebiyle fail hakkında hükmedilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararının her suç tipi bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesi belirsizdir⁴⁰. Nitekim Yargıtay da CMK'nın 223'üncü

göre böyle bir düzenlemenin mevcudiyeti halinde aşağıda yapılacak olan teorik tartışmalara girilmeden müsamaha edilen zimmetin varlığı meselesi çözülmüş olacaktır.

³⁷ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 791.

³⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG. 17.12.2004/25673.

³⁹ Özen (n 37) 791; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2016) 14; Koca ve Üzülmöz (n 30) 883.

⁴⁰ Doktrinde *Akbulut* söz konusu hükmün kanunda açıkça belirtilen sınırlı hallerde uygulanabileceğini belirtmektedir. Örneğin, TCK'nın 145'inci maddesinde hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması halinde failin cezasında indirim yapma veya ceza vermekten vazgeçme konusunda hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Burada hâkimin takdir yetkisini cezadan vazgeçmekten yana kullanması durumunda fail hakkında verilecek hüküm, CMK'nın 223'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca, "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı" sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. Dolayısıyla bu hüküm türü yalnızca kanunda fail hakkında ceza verilemeyeceğinin açıkça öngörüldüğü durumlarda uygulanabilir. Bkz. Akbulut (n 23) 199; CMK m. 223/4-(d)'nin tüm suçlar bakımından uygulanma kabiliyetini haiz

maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki hükmün her suç bakımından uygulanacak genel bir hüküm olmadığına, bu hükmün ancak kanunda açıkça belirtilen sınırlı hallerde uygulanma kabiliyetini haiz olduğuna, aksi yönde bir kabulün kanunilik ilkesine aykırı olacağına karar vermiştir⁴¹.

Doktrinin çoğunluğu ise, kanaatimizce de uygun olacak şekilde, kamu görevlisinin görevi gereği kendisinin zilyetliğine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu çok değerli malları zimmetine geçirerek kendi özel ihtiyaçları için kullanması durumunda müsamaha edilen zimmetin varlığını kabul etmekte ve bu nitelikteki fiillerin suç oluşturmadığını savunmaktadır⁴².

olduğunu belirten görüş için bkz. Zahit Yılmaz, 'Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı' İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru ve Melike Ezgi Yetimoğlu (ed.) *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2022) 162-163. Yazar konuyla ilgili doktrindeki diğer görüşler ile Yargıtay içtihadını açıkladıktan sonra kendi görüşünü ortaya koymakta ve bu düzenlemenin her suçta uygulanmayacağı yönündeki kabulü hükmün açık lafzı karşısında hatalı bulmaktadır. Yazar ayrıca bu kabulün suç ve ceza prensipleri gereği dikkate alınabileceğini, ancak bunun için kanunda değişiklik yapılarak ilgili hükmün ya malvarlığına karşı suçlarda değer azlığı ya da suçun konusunun değerinin azlığı şeklinde değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁴¹ "CMK'nın 223/4-d maddesinde yer alan "fiilin haksızlık içeriğinin azlığı" nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak düzenlendiği Kanun normunda bu konuda açık bir hükmün bulunması, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin sonucu olarak zorunludur. Başka bir anlatımla fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama imkanı bulunan bir hükümdür", Yargıtay 18 CD, 6947/8025, 15.10.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2023. "Sanık Eyüp'ün, yaz aylarında kullanmak üzere köyüne ev yaptırdığı, evinin hemen arkasında amcasının oğlu olan katılan Kemal'e ait araba garajının bulunduğu, araba garajının çatısından sanığın evine gelen yağmur ve kar suları nedeniyle sanığın kazmayla garajı yıktığı ve bu şekilde mala zarar verme suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; mahkemece sanığın eyleminde haksızlık içeriğinin az olduğu gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de; sanığın, katılanın garajından akan suların evine zarar vermesi nedeniyle mala zarar verme fiilini işlemiş olmasının, eylemin haksızlık içeriğinin azlığı sonucunu doğurmayacağı, bu suç yönünden şahsi cezasızlık ve etkin pişmanlık sebepleri dışında failin cezalandırılmasına engel oluşturacak herhangi bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda yer almadığı, gözetilmeden yasal dayanağı olmayan yazılı gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...", Yargıtay 15 CD, 27729/18419, 10.11.2014, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2023. "Katılanın, sanık ve kızına karşı gerçekleştirdiği eylemlerden sonra sanığın eylemini gerçekleştirmesine dayanarak, sanık hakkında CMK'nın 223/4-d maddesindeki "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı" nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilemeyeceği gözetilmeden, şartları varsa TCK'nın 29. maddesinin uygulanması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yargıtay 18 CD, 7028/16100, 13.11.2019, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2023. Kararlar ve Yargıtay içtihadının analizi için ayrıca bkz. Yılmaz (n 40) 168-170.

⁴² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 971; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 1275; Aslan (n 3) 56; Toroslu (n 3) 285; Okuyucu Ergün (n 3) 74-75; Can (n 5) 266; Erem (n 4) 43; Nur Centel, 'Zimmet

Doktrinde hâkim görüş kanun gerekçesine paralel olarak müsamaha edilen zimmetin suç oluşturmayacağını ve cezalandırılmayacağını savunsa da müellifler bu sonucu farklı gerekçeler ile izah etmektedirler. Aşağıda bu görüşler üç ana başlık altında incelendikten sonra, kendi görüşümüz neden-sonuç ilişkisi doğrultusunda izah edilecektir.

D. Müsamaha Edilen Zimmetin Suç Oluşturmamasının ve Cezalandırılmamasının Hukuki Gerekçesini Açıklayan Görüşler

1. İdarenin Varsayılan Rızasının Bulunması Sebebiyle Hukuka Aykırılığın Ortadan Kalktığını Savunan Görüş

Doktrinde müsamaha edilen zimmetin suç oluşturmadığını savunan görüşlerden ilkinde göre bu sonucun gerekçesi, idarenin varsayılan rızası ile fiilin hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkacak olmasıdır. Suçun hukuka aykırılık unsuru bulunmadığında ortada cezalandırılabilir bir fiilin varlığından da bahsedilemeyecektir. Başka bir deyişle, bu görüş, idarenin varsayılan rızası ile müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiillerin hukuka uygun hale geleceğini belirtmektedir⁴³.

İlgilinin rızası, TCK'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve şartları gerçekleştiğinde kanuni tanıma uygun fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebidir⁴⁴. Hukuka uygun bir rızanın varlığından bahsedilebilmesi için birtakım şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması, kişinin rıza göstermeye ehil olması, rızanın sakat bir iradeye dayanmaması, rızanın fiilden önce açıklanması ve rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır⁴⁵. Daha çok bilinci yerinde olmayan hastalara yapılan tıbbi

Suç'u' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 2779,2788; Şenel Sarsıkoğlu, 'Zimmet Suçu'nun Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu Özelinde Değerlendirilmesi' (2013) (104) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203,210.

⁴³ Erem (n 4) 42-43.

⁴⁴ Özgenç (n 23) 365-366; Akbulut (n 23) 493-494; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2012) 251; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III* (2. Bası, Beta Yayınevi 1992) 210; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2014) 368; Zafer (n 23) 399; Öztürk ve Erdem (n 23) 296; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 340; Oğuz Erdoğan, Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 90.

⁴⁵ Bu şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Soyaslan (n 43) 372-375; Özgenç (n 23) 365-378; Zafer (n 23) 400-410; Akbulut (n 23) 499-507; Öztürk ve Erdem (n 22) 298 vd.; Dönmezer ve Erman (n 26) 306 vd.; Hafizoğulları ve Özen (n 39) 252; Önder (n 42) 211-215; Erdoğan (n 42) 107 vd.

müdahalelerin hukuki temelini oluşturmak için geliştirilen varsayılan rıza ise, ilgili kişinin gerçek rızasını gösteremediği durumlarda “kendisine sorulsaydı müdahaleye rıza gösterirdi” şeklinde bir varsayımla fiili hukuka uygun hale getirilmektedir⁴⁶.

Doktrindeki bu görüşe göre; kamu görevlisinin, görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu ekonomik değeri çok düşük malları kendi özel ihtiyaçlarında kullanmak için zimmetine geçirmesinde idarenin varsayılan bir rızası vardır ve söz konusu rıza bu nitelikteki fiilleri hukuka uygun hale getirdiğinden zimmet suçu oluşmamaktadır⁴⁷.

2. Örf ve Âdet Gereği Hukuka Aykırılığın Ortadan Kalktığını Savunan Görüş

Doktrinde diğer bir görüş müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiillerin örf ve âdet gereği suç oluşturmadığını belirtmektedir. Bu görüşe göre, örf ve âdet ile müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiiller hukuka uygun hale gelecektir.

Doktrindeki bazı müellifler, hukuka uygunluk sebeplerinin yalnızca TCK ya da diğer kanunlarda yazılanlarla sınırlı olmayıp örf ve âdet ile bir hukuka uygunluk sebebinin ihdas edilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir⁴⁸. Müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmayacağını savunan bu görüşün hareket noktası da burasıdır. Bu görüşte olan müelliflere göre, kamu görevlisinin, zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu ekonomik değeri çok düşük malı kendi özel ihtiyaçları için kullanmasını toplumun örf ve âdetleri hukuka uygun hale getirmektedir⁴⁹. Dolayısıyla, örf ve âdet yoluyla müsamaha edilen zimmet fiili suç oluşturmamakta ve cezalandırılabilir alandan çıkmış olmaktadır.

⁴⁶ Zeynel T. Kangal, ‘Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza’ (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223,223; Özgenç (n 23) 382; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 352-353.

⁴⁷ Erem (n 4) 42-43.

⁴⁸ Öztekin Tosun, ‘Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları’ (1962) 28 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 620,626; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: 1* (12. Bası, Beta Yayınevi 1997) 153; Akbulut (n 23) 106; Öztürk ve Erdem (n 23) 50; Zafer (n 23) 105; Hakeri (n 26) 23; Aksi yönde görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 69.

⁴⁹ Tosun (n 47) 626; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi 1994) 119. Müellif bu görüşüne ek olarak, failde hukuka aykırılık şuurunun bulunmaması sebebiyle de kastın ortadan kalkacağı ve bunun sonucunda fiilin suç teşkil etmeyeceğinin düşünülebileceğini ifade etmektedir.

3. Fiilin Sosyal Uygunluğu Sebebiyle Suç Oluşturmadığını Savunan Görüş

Doktrinde bir diğer görüş müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiillerin sosyal uygunluk sebebiyle suç oluşturmadığını belirtmektedir⁵⁰. Ceza hukukunda fiilin sosyal uygunluğu, dış görünüşü itibariyle suçun kanuni tanımına uyan haksız bir fiilin tarihsel süreç içerisinde oluşan sosyal düzen çerçevesinde tolere edilmesi olarak ifade edilmektedir⁵¹. Buna göre, haksızlık içeriği düşük olan bazı fiillerin suçun kanuni tanımına uymasına karşılık sıklıkla tekrarlanması, toplumun bu nitelikteki haksız fiilleri zaman içerisinde hoşgörü ile karşılmasına, başka bir deyişle bu fiilleri mazur görmesine sebebiyet verebilir. Böylelikle söz konusu fiiller ceza hukuku alanının dışına çıkmış olur.

Fiilin sosyal uygunluğu olarak ifade edilen bu halin doktrinde “önemsiz hareketler” şeklinde isimlendirildiğine de rastlanmaktadır⁵². Düğün arabalarının önünün kesilmesi, dalları bahçenin dışına sarkan ağaçlardan meyve toplanması ve erkek çocukların ailelerinin izni ile sünnet edilmesi gibi fiiller sosyal uygunluğa örnek olarak gösterilmektedir⁵³.

Fiilin sosyal uygunluğunun ceza hukukundaki niteliği tartışmalıdır. Türk doktrinindeki bazı müellifler fiilin sosyal uygunluğunun bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtmektedir⁵⁴. Bu konuda diğer bazı müellifler, ultima ratio ilkesinden yola çıkarak, haksızlık teşkil eden bir fiilin cezalandırılabilmesi için özel ağırlıkta olması gerektiğini, sosyal uygunluğunun gündeme geldiği hallerde ise bu nicelik şartının sağlanmadığını ifade etmektedir⁵⁵. Bu görüşe paralel diğer bir görüş, bu gibi

⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 1275; Özkan (n 22) 75-76; Can (n 5) 266.

⁵¹ Akbulut (n 23) 230.

⁵² Hakan Hakeri, ‘Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler’ (2007) (69) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55 vd.: Müellife göre bir fiilin cezalandırılabilir nitelik arz etmesi için ultima ratio ilkesi gereğince, o suç ile korunan hukuki değer önemli ölçüde ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda bir kamu görevlisinin değeri çok düşük bir hediyeyi kabul etmesi ihtimalinde rüşvet suçu, çok değerli bir malı kendi özel ihtiyaçları doğrultusunda kullanması halinde ise zimmet suçu oluşmaya caktır. Zira bu fiiller haksızlık içeriği bakımından cezalandırılmaya layık değildir.

⁵³ Daha fazla örnek için bkz. Akbulut (n 23) 233; Erkek çocukların ailelerinin rızası ile sünnet edilmesinin fiilin sosyal uygunluğu sebebiyle cezalandırılabilir olmadığını bir Alman Ceza Mahkemesi kararından yola çıkarak inceleyen çalışma için bkz. Ayşe Nuhoğlu, ‘Sünnet ve Ceza Hukuku’ (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan 211-2020.

⁵⁴ Okuyucu Ergün (n 3) 102.

⁵⁵ Hakeri (n 51) 55; Doktrinde *Baba* müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmayacağını belirtmekle birlikte, bu sonucun örf ve âdet, idarenin varsayılan rızası veya fiilin sosyal uygunluğa

durumlarda tipikliğin oluştuğunu ancak haksızlığın cezalandırmayı gerektirecek boyutta olamayabileceğini belirtmektedir⁵⁶. Kanaatimizce de isabetli olan doktrin-deki hâkim görüş ise, fiilin sosyal uygunluğunun tipikliği ortadan kaldırdığı yönündedir⁵⁷. Nitekim fiilin sosyal uygunluğunun hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi bu fiillerin haksızlık niteliğini ortadan kaldıracaktır. Oysaki fiilin sosyal uygunluğunun mevcut olduğu hallerde fiilin haksızlık muhtevası ortadan kalkmamakta, devam etmektedir. Fiilin sosyal uygunluğu bu fiillerin suç teşkil etmesini önleyerek yalnızca ceza hukuku sahası dışarısına çıkarmaktadır. Bir haksızlığın ne zaman cezalandırılmayı gerektirecek boyuta ulaşacağıının belirlenmesi de oldukça zordur. Bu sebeple meselenin bu açıdan ele alınması da fayda getirmeyecektir. Dolayısıyla bu durumda suçun oluşmamasının sebebi fiilin hukuka uygun hale gelmesi veya haksızlık içeriğinin cezalandırılacak ağırlığa ulaşmaması değil, sosyal açıdan uygun olan fiilin münhasıran kanuni tanım ile bağdaşmamasıdır.

Fiilin sosyal uygunluğu teorisine göre, hayatın akışı içerisinde toplumun ve hukuk düzeninin devamında olağan karşılanan haksızlık içeriği çok düşük fiiller cezalandırılmayacağı için, bir kamu görevlisinin ekonomik değeri çok düşük olan bir malı kendi özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla zimmetine geçirmesinden ibaret fiiller de cezalandırılmayacaktır⁵⁸.

4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce, müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının sebebi örf ve âdet ya da idarenin varsayılan rızası ile bu nitelikteki fiillerin hukuka uygun hale gelmesi değildir. Müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının sebebi, bu fiillerinin sosyal uygunluğudur.

Müsamaha edilen zimmet fiili idarenin varsayılan rızası ile hukuka uygun hale gelemmez. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgilinin rızası TCK'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen bir hukuka uygunluk sebebidir⁵⁹. Rızanın bir fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf

kavramları ile açıklanamayacağını savunmaktadır. Müellife göre bu sonucun doğmasının sebebi fiilin, orantılılık ve ceza hukukunun son çare olması (ultima ratio) ilkeleri doğrultusunda değerlendirildiğinde cezaya layık bir haksızlık ortaya koymamasıdır. Bkz. Baba (n 36) 256.

⁵⁶ İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2002) 196.

⁵⁷ Akbulut (n 23) 232.

⁵⁸ Özkan (n 22) 76; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 971; Can (n 5) 266.

⁵⁹ Özgenç (n 23) 365-366; Akbulut (n 23) 493-494; Hafizoğulları ve Özen (n 43) 251; Önder (n 43) 210; Zafer (n 23) 399; Öztürk ve Erdem (n 23) 296.

edebileceği bir hakkının bulunması, kişinin rıza göstermeye ehil olması, rızanın sakat bir iradeye dayanmaması, rızanın fiilden önce açıklanması ve rızanın hukuka ve ah-laka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu görüşün isabetli olup olmadığının belirlen-mesi noktasında, rıza göstermeye ehil olma ve kişinin üzerinde mutlak surette tasarf edebileceği bir hakkının olması şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Toplumunu oluşturan herkesin mağdur olduğu ve TCK'nın "Topluma Karşı Suç-lar" ile "Millele ve Devlete Karşı Suçlar" kısımlarda düzenlenen suçlarda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez⁶⁰. Zira burada fiile rıza gösterecek olan kişi veya kişiler belirli değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere zimmet su-çunun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğu için idarenin bu nitelikte bir fiile rıza göstermesi hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla zimmet suçunda ilgi-linin (idarenin) rızası fiili hukuka uygun hale getiremez. Ayrıca, daha çok bilinci yerinde olmadığı için rızası alınamayan bir hastaya yapılan tıbbi müdahalenin hu-kuki temelini oluşturmak için geliştirilen varsayılan rıza teorisinin bir hukuka uy-gunluk sebebi olup olmadığı konusu da doktrinde henüz çözüme kavuşturulama-mıştır⁶¹. Varsayılan rızanın tıbbi müdahalelerde dahi hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağı belirsiz iken zimmet suçunda bunu kabul etmek hem de varsa-yılan rızayı gerçek kişi olmayan idareye hasretmek uygun olmayacaktır.

Müşamaha edilen zimmetin idarenin varsayılan rızası ile hukuka uygun hale gelemeyeceğinin ikinci gerekçesi ise hukuka uygunluğun tüm hukuk düzeni ile ilgili olmasıdır. Başka bir deyişle, bir fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edil-mesi onun haksızlık niteliğini ortadan kaldıracak, hukukun diğer alanlarındaki yaptırımların da söz konusu fiil hakkında uygulanması mümkün olmayacaktır⁶². Müsamaha edilen zimmetin suç oluşturmadığı söylenebilirse de esasen haksızlık niteliği devam eden bu fiilin hukuka uygun olduğu söylenemez. Nitekim kamu görevlisi zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü ol-duğu mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunarak, kanunların kendisine yükle-diği zimmeti altındaki malı koruma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Kamu

⁶⁰ Özgenç (n 23) 366-367; Akbulut (n 23) 499.

⁶¹ Erdoğan (n 43) 179-180; Özgenç (n 23) 383-386. Yazar bu gibi tıbbi müdahalenin görevin ifası (TCK m. 24/l) hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, varsayımaya dayalı olarak hüküm tesis etmenin hukuk kurallarının dayanağını oluşturan ve gerçeklik üze-rine bina edilen davranışların normlarına uygun olmayacağını belirtmektedir. Bu tıbbi müda-halenin hukuka uygunluğunu varsayılan rıza çerçevesinde değerlendiren görüş için bkz. Barış Erman, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 139 vd.

⁶² Neslihan Göktürk, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 419.

görevlilerine yönelik olarak yürürlüğe konulan birçok kanunda, kamu görevlisinin zilyetliği görev gereği kendisine bırakılan malların kullanılması noktasında gerekli özeni gösterememesi disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin ihlali sebebiyle kamu görevlisine disiplin yaptırımını uygulanabilir. Ayrıca, fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan zararın kamu görevlisinden tazmin edilmesi de mümkündür. Örneğin, kamu görevlisinin, zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu kalem, kâğıt gibi çok değersiz malları istikrarlı bir şekilde kendi özel ihtiyaçları için kullandığı durumlarda zimmet suçunun oluşmaması savunulabilirse de ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin yaptırımını uygulamak mümkün olabilecektir⁶³. Ancak bu fiile hukuka uygun denilmesi durumunda bu yaptırımların uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Ayrıca kanun gerekçesinde, “suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber” demek suretiyle, müsamaha edilen zimmetin varlığı halinde fiilin haksızlık niteliğinin devam ettiği hususu vurgulanmaktadır.

Müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının hukuki gerekçesi, örf ve âdet ile bu nitelikteki fiillerin hukuka uygun hale geldiğine ilişkin kabul de olamaz. Zira, her ne kadar örf ve âdetin bir hukuka uygunluk sebebi olabileceği doktrindeki bir kısım müellif tarafından kabul edilse de⁶⁴, yukarıda da izah edildiği üzere, bir fiilin hukuka uygun olması onun hukuk düzeninin hiçbir alanı ile çelişmemesini ifade eder. Müsamaha edilen zimmet cezalandırılmasa da bu nitelikteki fiillerin tüm hukuk düzenine uygun olduğundan bahsedilemez. Nitekim kamu görevlisi zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunarak, kanunların kendisine yüklediği zimmeti altındaki malı koruma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Haksızlık niteliği devam eden bu fiil sebebiyle kamu görevlisine disiplin yaptırımını uygulamak mümkün olduğu gibi ortaya çıkan zarar tazminat yoluyla da giderilebilir. Ancak bu fiile hukuka uygun denilmesi durumunda bu yaptırımların uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bu sebeple müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının sebebi örf ve âdet ile bu fiilin hukuka uygun hale gelmesi de değildir.

Burada aynı gerekçelerle müsamaha edilen zimmet niteliğindeki fiillerin TCK'nın 26'ncı maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen ve “Hakkını kullanan

⁶³ Aynı yönde görüş için bkz. Baba (n 36) 256.

⁶⁴ Tosun (n 47) 626-627; Akbulut (n 23) 83; Örf ve âdet ile hukuka uygunluk sebebi ihdas edilemeyeceği görüşü için bkz. Özgenç (n 23) 305; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 69.

kimseye ceza verilmez” şeklinde formüle edilen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi ile hukuka uygun hale gelmeyeceği de belirtilmelidir. Nitekim hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilmesi için, hukuk düzeni tarafından tanınmış bir hakkın varlığı ve bu hakkın sınırları içerisinde kullanılmış olması gerekmektedir⁶⁵. Müsamaha edilen zimmette ise kamu görevlisine bu nitelikteki fiilleri gerçekleştirebilmesi için herhangi bir hak tanınmamıştır. Bilakis, kamu görevlilerinin tabi olduğu birçok kanun, kamu görevlisine, zilyetliği görev gereği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle olduğu malları titiz bir şekilde kullanma sorumluluğu yüklemektedir.

Müsamaha edilen zimmetin cezalandırılmamasının sebebi bu nitelikteki fiillerin sosyal uygunluğudur. Zira, tarihsel süreç içerisinde kanuni tanıma uygun birtakım fiillerin toplum nezdinde tolere edilebilir olması sebebiyle cezalandırılabilir alanın dışına çıkarılması mümkündür. Burada aslında suçun kanuni tanımındaki unsurlar dış görünüşü itibarıyla gündeme gelmiş olmakla birlikte, fiil sosyal düzene uygunluk arz ettiğinden cezalandırılmamaktadır. Başka bir deyişle, müsamaha edilen zimmet fiilinin haksızlık niteliği devam etmekle birlikte suçun tipiklik unsuru tamamlanmamıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, kanaatimizce fiilin sosyal uygunluğu halinde bir hukuka uygunluk sebebi gündeme gelmemekte, bu durum tipikliğin ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim müsamaha edilen zimmet hukuka uygun bir fiil değildir. Haksızlık niteliği devam eden bu fiil, yalnızca sosyal uygunluk sebebiyle cezalandırılabilir olmaktan çıkmaktadır. Müsamaha edilen zimmet fiilini gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında disiplin yaptırımını uygulamak mümkün olduğu gibi, ortaya çıkan zararın kamu görevlisinden tazmin edilmesi de mümkündür. Müsamaha edilen zimmetin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi halinde ise kamu görevlisi hakkında bu yaptırımların uygulanmasından bahsedilemeyecekti.

Bu yönde bir kabul ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan ve ceza hukuku yaptırımlarının hukukun diğer yaptırımları ile giderilemeyecek boyuttaki ihlallerin varlığı halinde uygulanması gerektiğini ifade eden ultima ratio (son çare) ilkesine de uygun olacaktır. Ancak tekrar belirtilmelidir ki malik gibi tasarrufta bulunulan malın ekonomik değeri müsamaha edilen zimmet kapsamında değerlendirilecek kadar az olsa da malın idare ve toplum açısından stratejik önemi ve manevi değeri yüksek ise müsamaha edilen zimmetten bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

⁶⁵ Koca ve Üzülmöz (n 26) 286-287; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 322-323.

SONUÇ

TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" kısmının "Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen zimmet suçu, kamu görevlisinin görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı zimmetine geçirmesiyle işlenir. Kanun koyucu, kamu görevlisinin, iade etmek üzere ve mal edinme amacı olmaksızın bir malı zimmetine geçirmesi hali ile zimmete geçirilen malın değerinin düşük olması halini cezada indirim yapılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal olarak ayrıca düzenlemiştir. Ancak, kamu görevlisinin, kişisel işlerinde kullanmak amacıyla kalem, silgi, kağıt gibi ekonomik değeri çok düşük malları zimmetine geçirmesi halinde, bu fiillerin cezalandırılabilir olup olmadığı ile ilgili bir hükme kanunda yer verilmiştir.

Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre, kamu görevlisinin, kişisel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ekonomik değeri çok düşük olan malları zimmetine geçirmesi halinde zimmet suçu gündeme gelmeyecektir. Bu duruma müsamaha edilen zimmet denmektedir. Nitekim kanun gerekçesinde de kamu görevlisinin ekonomik değeri çok düşük malları zimmetine geçirmesinden ibaret fiillerin hoşgörüsü ile karşılanabileceği yönünde açıklamalara yer verilmiştir.

Öncelikle zimmete geçirilen bir malın müsamaha edilen zimmet kapsamında kalıp kalmadığı belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken objektif esaslardan hareket edilmelidir. Başka bir deyişle ortalama bir bireyin ekonomik durumuna göre zimmete geçirilen malın müsamaha edilecek boyutta olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilmelidir. Aynı esaslardan hareketle, Cumhuriyet savcısı tarafından fiilin müsamaha edilen zimmet kapsamında kaldığının anlaşılması halinde, soruşturmaya başlamadan önce soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı, soruşturma başladıktan sonra ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu belirlemeler sonucunda malın ekonomik değerinin çok düşük olduğu tespit edilmesine rağmen, malın idare ve toplum açısından stratejik önemi veya manevi değeri yüksek ise müsamaha edilen zimmetten bahsedilemeyecektir. Fail fiilini bu durumu bilerek gerçekleştirmiş olmadıkça, zimmete geçirilen malın ekonomik değerinin fiilin gerçekleştirildiği sırada çok düşük olmasına karşın sonradan artması halinde yine müsamaha edilen zimmetten bahsedilebilecektir.

Kamu görevlisinin, münferit olarak müsamaha edilen zimmet kapsamında kalan fiilleri belirli bir zaman aralığında ayrı ayrı işlemesi halinde, zimmete konu tüm malların toplam değerine bakılmalı ve bu değer müsamaha edilen zimmet sınırını aşarsa zimmet suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

Doktrindeki hâkim görüş müsamaha edilen zimmetin varlığı halinde TCK'nın 247'nci maddesinde düzenlenen zimmet suçunun oluşmayacağı yönünde olsa da bu sonuca varma gerekçesi müellifler tarafından farklı şekilde izah edilmektedir. Bir görüş müsamaha edilen zimmetin idarenin varsayılan rızası ile hukuka uygun hale geldiğini belirtmektedir. Bu konuda başka bir görüş, müsamaha edilen zimmet fiilinin örf ve âdet ile hukuka uygun hale geldiğini belirtmektedir.

Müsamaha edilen zimmetin ceza sorumluluğu gerektiren alanın dışında olduğunu ifade eden ve kanaatimizce de isabetli olan doktrindeki son görüşe göre ise bu nitelikteki fiilleri suç olmaktan çıkaran şey fiilin sosyal uygunluğudur. Burada her ne kadar zimmet suçunun maddi unsurları dış görünüşü itibarıyla oluşmuş olsa da bu nitelikteki fiiller tarihsel süreç içerisinde oluşan sosyal düzen çerçevesinde tolere edilebilir özellikte görüldüğünden suçun tipiklik unsuru tamamlanmamaktadır. Bununla birlikte, hukuka aykırı olan ve dolayısıyla haksızlık niteliği devam eden bu fiili gerçekleştiren kamu görevlisine disiplin yaptırımını uygulamak veya fiilin işlenmesi ile ortaya çıkan zararı kendisinden tazmin etmek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Akçin İ, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Akkaş AH ve Akpınar E, 'Kullanma Zimmeti' (2021) (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 465-494
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME, ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Aslan V, 'Zimmet Suçu' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 43-66
- Aydos OS, *Pratik Eşya Hukuku* (5. Baskı, Gazi Kitabevi 2022)
- Aytekin İnçoğlu A, 'Zimmet' Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Baba Y, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Baba Y, 'Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017)
- Can N, 'Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu' (2020) 25(43) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-278
- Centel N, 'Zimmet Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 2779-2800
- Donay S, 'Türk Hukukunda Zimmet' (1968) 2(3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 23-52
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I* (12. Bası, Beta Yayınevi 1997)
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II* (14. Bası, Der Yayınları 2019)
- Erdoğan O, *Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler* (8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968)
- ___ 'Zimmet ve İhtilas' (1957) 14(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38-47
- Erman B, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-450

- Güngör D, '5411 sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu' (2009) 67(4) Ankara Barosu Dergisi 23-30
- Hafizoğulları Z ve Aygün Eşitli E, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2014)
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2012)
- ___ ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2016)
- Hakeri H, 'Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler' (2007) (69) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55-96
- ___ *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- İtişgen R, 'Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 639-672
- Kangal ZT, 'Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza' (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223-251
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)
- ___ ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Nuhoğlu A, 'Sünnet ve Ceza Hukuku' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 211-2020.
- Okuyucu Ergün G, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008)
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III* (2. Bası, Beta Yayınevi 1992)
- ___ *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi 1994)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2002)
- ___ *Zimmet Suçu* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012)
- ___ *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Özkan H, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013)
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Sarsıkoğlu Ş, 'Zimmet Suçu'nun Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu Özetinde Değerlendirilmesi' (2013) (104) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203-224
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2014)

___ *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2014)

Sümer AE, 'Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021)

Tezcan D., Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş Yayınevi 2013)

___ *Ceza Hukuku Özel Kısım* (8. Baskı, Savaş Yayınevi 2015)

Tosun Ö, 'Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları' (1962) 28(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 620-632

Turabi S, *Zimmet Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012)

Yaşar O., Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014)

Yılmaz Z, 'Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı' İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru ve Melike Ezgi Yetimoğlu (ed.) *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2022)

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Beta Yayınevi 2019)

Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği^(*)

Doç. Dr. Süleyman DOST^(**)

Öz

Yapay zekâ alanındaki gelişmeler ile birlikte ulusal ve uluslararası boyutta inanılmaz bir değişim yaşanmaktadır. Bu gelişmeler uluslararası hukuku da derinden etkileme potansiyeline sahiptir. Yapay zekâ ürünü bazı araç, silah ve akıllı cihaz uygulamaları bazı temel insan haklarını derinden etkilemiştir. Bu kapsamda otonom silahların kullanılmaya başlanması ile insancıl hukuk bağlamında sivillerin korunması ve yaşama hakkı daha fazla tehdit altına girmiştir. Yapay zekâ ile yapılan içerik kişiselleştirme ve filtre baloncuğu uygulamaları, ifade özgürlüğü için risk oluşturmaktadır. Yine güvenlik, sağlık, iş, online alışveriş gibi amaçlarla kullanılan çeşitli uygulamalarla kişisel verilerin elde edilmesi, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği gibi temel insan haklarını darmadağın etmiştir. Bu makalede öncelikle yapay zekânın olumlu ve olumsuz yönleri ele alınmaktadır. Daha sonra yapay zekânın etkilediği, yaşama hakkı, ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması / özel hayatın gizliliği hakları incelenmektedir. Ardından yapay zekâ konusunda çeşitli uluslararası kuruluşların hazırladığı rehber veya tavsiye kuralları üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, Uluslararası Hukuk, Uluslararası İnsancıl Hukuk, İnsan Hakları, Etik İlkeler.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.10.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 17.10.2023](#).

[Atıf Şekli](#): Süleyman Dost, 'Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1271, 1313.

[DOI](#): 10.52273/sduhfd..1375673.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

[E-posta](mailto:suleymandost@sdu.edu.tr): suleymandost@sdu.edu.tr.

[Orcid](http://orcid.org/0000-0003-0317-6389): <http://orcid.org/0000-0003-0317-6389>.



Artificial Intelligence and the Future of International Law

Abstract

There is an incredible change at the national and international level with the developments in the field of artificial intelligence. These developments have the potential to deeply affect international law. Some vehicles, weapons and smart device applications produced by artificial intelligence have deeply affected some basic human rights. In this context, with the use of autonomous weapons, the protection of civilians and their right to life have become more threatened in the context of humanitarian law. Content personalization and filter bubble applications used by artificial intelligence pose a risk to freedom of expression. Again, basic human rights such as obtaining personal data, protection of personal data and privacy of private life through various applications used for purposes such as security, health, business and online shopping have been destroyed. This article primarily discusses the positive and negative aspects of artificial intelligence. Then, the rights to life, freedom of expression and personal data protection / privacy rights affected by artificial intelligence are examined. Then, the guidelines or recommendations prepared by various international organizations on artificial intelligence are focused on.

Keywords

Artificial Intelligence, International Law, International Humanitarian Law, Human Rights, Ethical Principles.

Extended Summary

Developments in the technological field change our individual and social lives beyond expectations. Artificial intelligence, one of the latest developments in technology, creates new risks in various fields and issues, with many beneficial aspects, and fundamentally affects the rules of law and especially human rights. Artificial intelligence is used for many useful purposes such as communication, negotiation, cooperation and trade, as well as for malicious purposes such as attack, terrorism and cybercrime. This situation forces states, international organizations, researchers, politicians and rule makers to think and produce new ways, new mechanisms and new policies to protect human rights.

Developments in the field of artificial intelligence will inevitably affect international law, as well as various areas of law such as criminal, contract, labor and intellectual property. It is impossible for international law not to be affected by these developments, especially due to competition in the field of security. Scientific studies on artificial intelligence in the field of international law have so far generally focused only on autonomous weapon systems. However, artificial intelligence is a technology that affects fundamental rights such as the protection of civilians in armed conflicts and the right to life, freedom of expression, and privacy of private life. Therefore, there is a need to consider the effects of artificial intelligence on other areas of international law.

So what is artificial intelligence? Artificial intelligence is systems that have the features of perception, data collection and processing, machine-centered learning, reasoning, decision-making and taking action to a certain degree. These systems, which can be used as software or hardware, are systems that can act for explicit or implicit purposes, make predictions, recommendations or decisions that affect physical or virtual environments, and operate at various levels of autonomy.

In a positive sense, artificial intelligence will lead to the making, changing or abolishing of some international law rules. In addition, artificial intelligence can be used to produce faster and fairer results by providing automation in matters such as the examination and evaluation of some international legal applications. However, it is also possible for artificial intelligence to negatively affect international law, directly or indirectly. Fundamental rights such as the protection of civilians and the right to life, freedom of expression, protection of personal data and privacy of private life, especially in armed conflicts, are negatively affected by developments related to artificial intelligence. At this point, artificial intelligence should be used for the protection of international peace, security and human rights. Because artificial intelligence technologies affect people and their rights the most.

The use of artificial intelligence in armed conflicts has the potential to negatively affect the protection of civilians and the right to life. The way to minimize these potential risks is to establish universal rules and standards and cooperate technically and legally with all stakeholders to ensure the protection of human rights in peace and war. Reviewing national and international legal rules regarding artificial intelligence is now an obligation rather than a choice. In this context, fully autonomous weapons should be banned, while autonomous weapons with meaningful human control should be allowed but subject to strict conditions. Most importantly, a human must be held responsible for autonomous weapons.

Developments in the field of artificial intelligence technologies create both new methods and tools and various risks in terms of freedom of expression. In this sense, artificial intelligence diversifies the methods and tools through which freedom of expression can be exercised. However, through content personalization, AI selects the content users can see and the order in which they see that content, leaving them in so-called filter bubbles (or echo chambers). This is a serious threat to freedom of expression. Additionally, artificial intelligence systems can further interfere with freedom of expression through content moderation. This situation brings up the issues of legality, legitimacy and proportionality of the intervention or control. States, international organizations, and artificial intelligence producers and users should strengthen the aspect of artificial intelligence in promoting and protecting freedom of expression. On the other hand, manipulation of individuals and societies through unlawful content personalization or monitoring with artificial intelligence should be prevented.

Artificial intelligence has significantly impacted personal data protection and privacy rights. Processing, storing and using data in various ways with artificial intelligence algorithms have increased concerns about these rights. It is important to strike a delicate balance between the benefits of artificial intelligence and data processing and the protection of personal data and privacy rights. This balance will only be possible if national and international regulations are made in harmony with each other.

Artificial intelligence technologies continue to develop thanks to the initiatives and contributions of investor companies and states that are concerned about security or seeking power. Therefore, banning the use of artificial intelligence will not work. In the face of these developments, there is a need to change some international rules, especially the protection of human rights. The important thing is that this change is carried out in a way that is in favor of the international community and humanity. However, international law cannot keep up with the speed of artificial intelligence, as it takes a long time for international law rules to be drawn up and come into force. The legal gap created at this point is being tried to be filled with non-binding ethical recommendations and guides prepared by some international organizations regarding artificial intelligence. However, the issue of artificial intelligence is too important to be regulated by soft law rules. For this reason, there seems to be a need for a multilateral agreement covering artificial intelligence ethics, especially within the UN, and for the creation of new international and national mechanisms to improve international bilateral and multilateral cooperation.

Finally, international jurisprudence and practices should be used in the regulations and judicial decisions regarding artificial intelligence. Issues of human control, personality and responsibility, especially in autonomous weapons and vehicles, should be reconsidered in response to developments in the field of artificial intelligence.

GİRİŞ

Teknolojik alandaki gelişmeler, bireysel ve toplumsal hayatımızı tahmin edile- nin ötesinde değiştirmektedir. Teknolojideki son gelişmelerden birisi olan yapay zekâ, faydalı pek çok yönüyle birlikte çeşitli alan ve konularda yeni riskler doğur-makta, hukuk kurallarını ve özellikle insan haklarını temelden etkilemektedir. Özellikle sanal dünya, iletişim, müzakere, işbirliği ve ticaret gibi pek çok faydalı amaç için kullanıldığı gibi terörizm ve siber suçlar gibi kötü amaçlar için de kulla- nılmaktadır. Bu durum, devletleri, uluslararası kuruluşları, araştırmacıları, politika- cıları ve kural koyucuları, insan haklarını korumaya yönelik yeni yollar, yeni meka- nizmalar ve yeni politikalar düşünmeye ve üretmeye zorlamaktadır¹.

Yapay zekâ alanındaki gelişmeler, ceza, sözleşme, iş ve fikri mülkiyet gibi hu- kukun çeşitli alanları üzerinde derin bir etki doğurmuştur. Uluslararası ilişkilerde, saldırı ve savunma sistemlerini geliştirme ve kontrol etme rekabeti, devletler arasında yeni bir silahlanma yarışına yol açmıştır. Devletlerin takip ettiği menfa- atler göz önüne alındığında, uluslararası hukukun da bu gelişmelerden etkilen- memesi mümkün değildir. Karar alma ve kural oluşturma süreçlerindeki yavaşlık sebebiyle, uluslararası hukuk, yapay zekâdan hukukun diğer alanlarına göre nis- peten daha geç etkilenmektedir. Ancak uluslararası hukukun da uzun süre bu etkiden uzak kalması mümkün değildir².

Uluslararası hukuk alanında yapay zekâ ile ilgili bilimsel çalışmalarda şimdiye kadar genellikle yalnızca otonom silah sistemlerine (OSS) odaklanılmıştır. Ancak bu yaklaşım, yapay zekânın karmaşıklığını ve kapsamını yeterince yansıtmamak- tadır. Oysa yapay zekâ, otonom silahlardan çok daha fazlasını ifade etmektedir³. Bu nedenle yapay zekânın uluslararası hukukun diğer alanlarına olan etkilerinin de ele alınması ihtiyacı vardır.

Bu makalede daha geniş ve genel bir perspektiften yapay zekânın uluslararası hukukun geleceğine dair etkileri üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda makalede, öncelikle, teknolojinin uluslararası hukuka etkisine değinilecektir. Ardından yapay

¹ Fatima Roumate, 'Artificial Intelligence, Ethics and International Human Rights Law' (2021) Vol 29 03/2021 International Review of Information Ethics (IRIE) 1, 2 <<https://doi.org/10.29173/irie422>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

² Andras Hars, 'AI and international law - Legal personality and avenues for regulation' (2021) 62 (2021) 4 Hungarian Journal of Legal Studies 320, 321.

³ Thomas Burri, 'International Law and Artificial Intelligence' (2017) vol 60 German Yearbook of International Law 91 99 <<https://ssrn.com/abstract=3060191>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3060191>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

zekâ hakkında bilgi verildikten sonra, yapay zekânın uluslararası hukuka olumlu ve olumsuz etkileri ele alınacaktır. Daha sonra uluslararası hukukun yapay zekâ teknolojilerinden en çok etkilendiği yaşama hakkı, ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hakları incelenecektir. Ardından da bazı uluslararası kuruluşların, yapay zekânın etkilediği bu alanlarla ilgili olarak genellikle etik bağlamda önerdiği veya hazırladığı belgeler üzerinde durulacaktır.

I. TEKNOLOJİ VE ULUSLARARASI HUKUK

Bütün hukuk kurallarının bir ortaya çıkış sebebi vardır. Bu sebepler genellikle toplum yaşamı veya yöneticiler için önemli olan sosyal, ekonomik ve politik sebeplerdir. Hukuk kurallarının ortaya çıkmasına, değiştirilmesine veya kaldırılmasına yol açan sebeplerden birisi de teknolojik alandaki gelişmelerdir. Teknolojik gelişmeler tarih boyunca da olumlu veya olumsuz şekilde hukuk kurallarını etkilemeye devam etmiştir⁴. Özellikle deniz hukuku, uluslararası balıkçılık hukuku, kitle imha silahları, nükleer silahlar, uzay hukuku ve egemenlik gibi uluslararası hukukun bazı alanları teknolojik gelişmelerden derinden etkilenmiştir⁵.

Teknolojik gelişmelerin uluslararası hukuku etkilediği belli başlı örnekler, kronolojik olarak şu şekilde sayılabilir: İnsanlığın ilk dönemlerinde tarım alanındaki teknolojiler, toprağın kontrolü ile ilgili egemenlik ve diplomatik ilişkiler kavramlarını doğurmuştur. 16. ve 17. yüzyıllarda gemi ve navigasyon teknolojilerindeki ilerlemeler, kıyı devletlerinin askeri güç kullanımı ve ticaret yollarını kontrol kapasitesini artırmıştır. Askeri alandaki teknolojilerin gelişmesi ve yaygınlaşması, birçok büyük savaşta öngörülemeyen yıkımlara yol açmış ve bu da uluslararası hukukta önemli gelişmelere sebep olmuştur. Örneğin, Otuz Yıl Savaşları'nda barutlu silahların kullanılması ve yaygınlaşması, 1648 tarihli Vestfalya Andlaşması'nın yapılmasına katkıda bulunmuştur. 1907 İkinci Lahey Konferansı'nda, savaş zamanında ele geçirilen gemilerle ilgili davaların görülmesi için Uluslararası Savaş Ganimetleri Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Sözleşme⁶ önerilmiştir. 1922

⁴ Akram M. Alzoghbi, 'Artificial Intelligence and its Impact on the Rules of Public International Law' (2021) V14 2021/3 MJLE 210, 213 <https://mjle.journals.ekb.eg/article_217245_7da5a4ed128c87f5bf73467503276b9a.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁵ Colin B. Picker, 'A View from 40,000 Feet: International Law and the Invisible Hand of Technology', (2001) 23(1) Cardozo Law Review, 149, 164-182. Bu değişim uluslararası güvenlik, iletişim, turizm ve kalkınma gibi alanlarda kendisini belirgin bir şekilde hissettirmektedir. Ayrıca bakınız: Alzoghbi (n 5) 213.

⁶ Sözleşme metni için bakınız: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-xii-1907>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

tarihli Deniz Silahlarının Sınırlandırılması Andlaşması (ve daha sonra 1930 ve 1936 yıllarında Londra Konferansları ile yapılan değişiklikler) özellikle denizaltı teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda yapılmıştır. Yine 20. yüzyılda, I. Dünya Savaşı sırasında kullanılan silah teknolojileri Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın ve II. Dünya Savaşında kullanılan nükleer silahlar Birleşmiş Milletler (BM)'nin kurulmasına katkı sağlamıştır⁷. Bütün bu örnekler gösteriyor ki, yeni teknolojilerin insanlığa getirdiği büyük yıkımların önüne geçmek veya en azından hafifletmek amacıyla hukuki düzenlemeler yapma girişimlerini hızlandırmıştır⁸.

II. Dünya Savaşı sonrası dönemdeki teknolojik gelişmeler de, deniz hukukundan uluslararası balıkçılık hukukuna ve modern kitle imha silahlarının yayılmasının önlenmesi rejimlerinden uzay hukukuna kadar uluslararası hukukun çeşitli alanlarının yeniden düzenlenmesi ve geliştirilmesi sürecinde belirleyici rol oynamıştır. Son yıllardaki iletişim teknolojilerinde ve özellikle de internetteki ilerlemeler, bilginin daha hızlı yayılmasını ve devletlerin başka devletlerin yasa ve uygulamaları hakkında bilgi sahibi olmasını kolaylaştırmıştır. Bu durum uluslararası hukukun oluşumu ve uygulanmasını ve dolayısıyla evrensel hukuki uyumu önemli ölçüde artırmıştır⁹. İletişim ve ulaşım teknolojilerindeki gelişmeler uluslararası hukukun oluşumunu da şekillendirmiştir. Bu sayede devlet temsilcilerinin daha kolay ve hızlı bilgi ve onay alabilmesi, anlaşma müzakerelerini de daha hızlı ve daha kolay hale getirmiştir¹⁰.

Görüldüğü gibi teknolojik alandaki gelişmeler, uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkmasına, değiştirilmesine veya kaldırılmasına yol açmışlardır. Yapay zekâ gibi bir teknolojik değişim ise eninde sonunda hem iç hukuklarda hem de uluslararası hukukta büyük değişimlere yol açacaktır. Önemli olan husus, bu değişimin uluslararası toplum ve insanlığın lehine olacak şekilde gerçekleştirilmesidir.

II. YAPAY ZEKÂ NEDİR?

Bu çalışmada yapay zekâ ile uluslararası hukukun geleceği arasındaki ilişki ele alınacağından dolayı yapay zekânın ne olduğuna kısaca değinilecektir. Yapay zekânın genel geçer bir tanımını yapmak oldukça zordur. Bu zorluğun iki sebebi

⁷ Picker (n 6) 151-163.

⁸ Mathijs M. Maas, 'International Law Does not Compute Artificial Intelligence And The Development, Displacement or Destruction of the Global Legal Order' (2019) 3 V 20 (1) Melbourne Journal of International Law (MelbJIntLaw) 29, 36.

⁹ Picker (n 6) 164 vd.

¹⁰ Maas (n 9) 38.

var: İlki yapay zekâ alanında devam eden gelişmeler sebebiyle yapay zekânın kapsamı sürekli değişmektedir. İkincisi ise yapay zekâ, farklı disiplinler tarafından farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Yapay zekâ tanımında tam bir görüş birliği olmasa da, konunun önemi herkesçe kabul edilmektedir. Hukuk alanında ise insanı etkilemesinden dolayı bir tanımın yapılması zorunluluğu bulunmaktadır¹¹.

Performans temelli bir tanıma göre “yapay zekâ, karmaşık veya büyük ortamlarda, bir makinenin karar vermesi, model tanınması ve tahmin etmesinin doğruluğunu, hızını ve/veya ölçeğini otomatikleştirmek ve geliştirmek veya belirli görevlerde insan performansının yerine geçmek için kullanılan genel amaçlı bir teknolojidir¹²”. Genellikle insana benzetilerek yapılan tanımda “insan gibi rasyonel düşünen ve hareket eden sistem” olarak tarif edilmiştir. Buna göre nasıl ki insanlar satranç oynarken akıl yürütme, strateji oluşturma, planlama ve karar verme gibi çeşitli bilişsel yetenekleri kullanır, bir dilden diğerine çeviri yaptığında semboller, bağlamı, dili ve anlamı işlemek için üst düzey beyin merkezlerini etkinleştirirler, otomobil kullandıklarında görmeyele ilişkili olanlar da dahil olmak üzere mekânsal tanıma, durumsal farkındalık, hareket ve muhakeme gibi çeşitli beyin sistemleri devreye girer. Aynen öyle de “insanlar tarafından gerçekleştirildiğinde bilişsel aktivite gerektiren bir aktivite otomatikleştirdiğinde, bir yapay zekâ uygulaması” olarak tanımlanmaktadır¹³. Bu uygulama ve sistemleri üçe ayırmak mümkündür: 1- Makine öğrenme merkezli yapay zekâ, 2-kural, mantık ve bilgi sunan yapay zekâ ve 3-hibrit yapay zekâ. Yapay zekâ teknolojileri başta bilgisayar bilimi olmak üzere istatistik, dil bilimi, robot bilimi, elektrik mühendisliği, matematik, sinir bilimi, ekonomi, mantık ve felsefe gibi çok sayıda alanları ile yakından ilgilendirmektedir¹⁴.

Avrupa Birliği (AB) de yapay zekâ konusu ile ilgili olarak çeşitli kararlar¹⁵ almıştır. Avrupa Komisyonu, yapay zekâyı, “belirli hedeflere ulaşmak için

¹¹ Rex Martinez, ‘Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions’ (2019) 19 Nev. L.J. 1015, 1023 vd; Hars (n 3) 321-325.

¹² David Kaye, ‘Report of the Special Rapporteur on the Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression’ (2018) A/73/348 United Nations General Assembly para 4 <<https://digitallibrary.un.org/record/1643488>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

¹³ Harry Surden, ‘Artificial Intelligence and Law: An Overview’ (2019) Vol 35:4 Georgia State University Law Review 1306, 1307-1308 <<https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

¹⁴ Surden (n 14) 1310.

¹⁵ AB’nin aldığı karar ve yaptığı düzenlemelerinin üye devletler açısından bağlayıcılığı açısından geniş bilgi için bakınız: Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri* (6.Baskı Seçkin 2021).

çevrelerini analiz ederek ve belirli bir dereceye kadar özerklikle harekete geçerek akıllı davranışlar sergileyen sistemler” olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda “yapay zekâ tabanlı sistemler, sesli asistanlar, görüntü analiz yazılımı, arama motorları, konuşma ve yüz tanıma sistemleri gibi sanal dünyada hareket edebilen tamamen yazılım tabanlı (software) olabilir ve veya gelişmiş robotlara, otonom araçlara, dronlara veya çeşitli nesnelere internet uygulamaları gibi donanım aygıtlarına (hardware) yerleştirilmiş olabilir”¹⁶.

AB Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Haziran 2023 tarihinde (değiştirilerek) onaylanan Yapay Zekâ Yasası (Artificial Intelligence Act)¹⁷’nin 3.maddesinin 1.fıkrasına göre ise “yapay zekâ sistemi, açık veya örtülü amaçlar doğrultusunda, fiziksel veya sanal ortamları etkileyen tahminler, tavsiyeler veya kararlar gibi çıktılar üretebilen çeşitli özerklik seviyelerinde çalışmak üzere tasarlanmış makine tabanlı bir sistem” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi yapay zekâ, belirli bir hedefe ulaşmak için gerçekleştirilecek en iyi eylemi seçme yeteneğini ifade etmektedir. Rasyonel olarak çalışan yapay zekâ, içinde bulunduğu ortamı bazı sensörler aracılığıyla algılar, verileri toplayıp yorumlar, algılanan veriler üzerinde akıl yürütür veya buradan elde edilen bilgileri işler. Bu veriler, en iyi eylemin hangisi olduğuna karar verir ve ardından bazı aktüatörler aracılığıyla buna göre hareket eder, böylece bulunduğu ortamı değiştirir. Yapay zekâ sistemleri sembolik kuralları kullanabilir veya sayısal bir model öğrenebilir ve ayrıca ortamın önceki eylemlerden nasıl etkilendiğini analiz ederek davranışlarını da uyarlayabilir¹⁸.

¹⁶ EU European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, ‘A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines’ (EU definition of AI) (8 April 2019) 1; Robot ise “fiziksel dünyada eylem halindeki yapay zekâ” (somutlaştırılmış yapay zekâ) olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda robot, fiziksel dünyanın dinamikleri, belirsizlikleri ve karmaşıklığıyla baş etmek zorunda olan fiziksel bir makinedir. Bakınız: EU definition of AI (n 17) 4.

¹⁷ 21 Nisan 2021’de AB Komisyonu tarafından hazırlanan Yapay Zekâ Yasası Taslağı, (Artificial Intelligence Act) 14 Haziran 2023 tarihinde AB Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. Yasa, pek çok sektör bakımından önemli yükümlülükler getirmektedir. Bakınız: EU Artificial Intelligence Act (EU AI Act) (14 June 2023) P9_TA(2023)0236 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023. Avrupa Komisyonu tarafından önerilen metin için bakınız:

EU European Commission, ‘Proposal for a “Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts’, (2021), (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

¹⁸ EU definition of AI (n 17) 1.

Sonuç olarak yapay zekâ, algılama, veri toplama ve işleme, makine merkezli öğrenme, muhakeme, karar verme ve belli bir derecede harekete geçme özelliklerine sahip sistemlerdir. Yazılım veya donanım olabilen bu sistemler, açık veya örtülü amaçlar doğrultusunda hareket edebildiği, fiziksel veya sanal ortamları etkileyen tahminler, tavsiyeler veya kararlar alabildiği ve çeşitli özerklik seviyelerinde çalışabildiği için yapay zekânın hukuku ve uluslararası hukuku etkilemesi kaçınılmazdır.

III. YAPAY ZEKÂNIN ULUSLARARASI HUKUKA OLUMLU ETKİLERİ

Bütün gelişmeler gibi yapay zekâ da genel olarak hukuku olumlu veya olumsuz şekilde etkilemektedir. Günümüzdeki sınırlı yapay zekâ teknolojileri şu haliyle bile güç dengelerini şekillendirmeye başlamıştır. Şirketler hukuku, marka ve fikri mülkiyet hukuku, medeni hukuk ve vergi hukuku gibi alanlarda yapay zekânın etkisi kendisini iyice hissettirmektedir¹⁹. Olumlu yönüyle yapay zekâ, yeni gelişmeler bağlamında yeni kuralların yapılmasına (değişim) yol açabilir. Yapılması ve uygulanmasına yeni yöntemler (otomasyon) getirerek hukuk kurallarının etkinliğini artırabilir. Kuralların daha adil ve eşit olmasını sağlayabilir, kişiye, topluma ve hukuk düzenine yönelen tehditlere karşı devletin savunmasını güçlendirebilir. İklim değişikliği veya yoksulluk gibi küresel sorunlara çözüm fırsatları sunabilir.

Uluslararası hukukta yapay zekânın güvenlik, işbirliği, yatırım, ticaret gibi alan ve konularda doğrudan veya dolaylı olarak üç tür etkisinin olduğu söylenebilir: İlki yapay zekâ teknolojisinin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan bu yeni duruma uyum sağlamak için yapılan *hukuki değişim*dir. İkincisi *uluslararası hukukun otomasyonu* yani kuralların oluşturulması ve uygulanmasında yapay zekânın kullanılmasıdır. Üçüncüsü ise kilit rol oynayan *hukuki kavramların erozyona uğraması*dır²⁰. Bu etkilerden ilk ikisi genel anlamda olumlu, üçüncüsü ise olumsuz olarak değerlendirilebilir.

Yapay zekânın uluslararası hukuka olan *ilk etkisi hukuki değişim*, yeni uluslararası kuralların yapılmasıyla, belirli bazı alanlarda oluşan hukuki belirsizliklerin giderilmesi ile, bazı kuralların kapsamalarının değiştirilmesi ile ve ihtiyaca cevap vermeyen kuralların kaldırılması ile kendisini gösterecektir²¹.

¹⁹ Hars (n 3)327.

²⁰ Maas (n 9) 39.

²¹ Maas (n 9) 39-45.

Yapay zekâ ile birlikte değişimin yaşanacağı muhtemel konulardan birisi *uluslararası kişilik* kavramıdır. Uluslararası hukukta etki ve sonuç doğuracak *yapay zekâ varlıklarının* (algorithmic entities) ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür²². Yapay zekâ varlıklarına hukuki kişilik verilmesi konusunda üç temel görüş vardır. İlki yapay zekâyâ kişilik verilmesini reddeden görüştür. Bu görüşe göre yapay zekâdan kaynaklanan hukuki sorunlar, onlara kişilik tanınarak ya da sorumluluk yüklenerek çözülmek zorunda değildir. Bu sorunlar, kullanım alanlarına bağlı olarak sınırlı bu varlıklara hak ve sorumlulukların verilmesiyle ve belirli sigorta sistemlerinin entegre edilmesiyle ortadan kaldırılabilecektir. Bu görüş kapsamında, yapay zekâ ürünü yazılım veya donanım, eşya olarak kalmaya devam etmelidir. Basit bir eşya olarak kabul edilmese bile Roma hukukundaki peculium kurumu (kölelik)²³ benzeri bir model oluşturulabileceği öne sürülmüştür. İkinci görüş, kişilik özelliklerine sahip yapay zekâ varlıklarına kişilik verilmesi gerektiğini savunan görüştür. Üçüncü görüş ise yapay zekâ varlıklarına kendilerine has tüzel kişilik verilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴. Uluslararası hukukta da benzer tartışmalar mevcuttur. Yapay zekâ teknolojilerini üreten şirketlerin, genellikle tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle uluslararası hukuk sorumluluğunun bulunması gerektiği bile ileri sürülmüştür²⁵.

Bilindiği gibi şu ana kadar yapay zekâ teknolojisi yazılım ve donanımlar, ulusal hukuk kapsamında kabul edilmektedir. Yani yazılımı yapan gerçek kişi veya ulusal kamu / özel hukuk tüzel kişisidir. Bu kapsamda bir yapay zekâyâ ve yapay zekâ ürünü bir yazılım veya donanımın uluslararası hukuk kişiliği henüz ortaya çıkmış değildir. Ancak AB’de bu konuya ışık tutacak nitelikte, işlem ve eylemleri uluslararası etki doğuracak bazı örnekler bulunmaktadır²⁶. Bir AB üyesi devletin

²² Algoritmik girişimlerin, insan kontrollü işletmelere göre üç avantajı vardır: Daha hızlı hareket edip tepki verebilirler, personel değişiklikleri nedeniyle bilgi birikimini kaybetmezler ve yaptıkları yanlışlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamazlar. Bakınız: Lynn M. LoPucki, ‘Algorithmic Entities’ (2017) 95:4 Washington University Law Review 887-953 <https://openscholars-hip.wustl.edu/law_lawreview/vol95/iss4/7/> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

²³ Peculium kurumu ve bunun yapay zekâyâ uyarlanması hakkında geniş bilgi için bakınız: Emine Mindız, ‘Peculium Kurumunun Yapay Zekâyâ Sahip Robotların Hukukî Statülerinin Tespitinde Model Olarak Kullanılması’ (2022) 71 (3) AÜHFD 937-970; Ayrıca bakınız: Simon Chesterman, ‘Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personalities’ (2020) International and Comparative Law Quarterly, Volume 69 Issue 4, 819, 332-833 <<https://doi.org/10.1017/S0020589320000366>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

²⁴ Seda Kara Kılıçaslan, ‘Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar’ (2019) Yıl 4 Sayı 2019/2 YBHD 363, 377-384.

²⁵ Burri (n 4) 95.

²⁶ Margarita Robles Carillo, ‘Artificial intelligence: From ethics to law’ (2020) 44 101937 Telecommunications Policy 1, 12.

kanunlarına göre kurulmuş yapay zekâli bir kuruluşun tüzel kişiliği diğer tüm üye devletler tarafından tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda bir AB üyesi devlet mevzuatına göre tüzel kişilik kazanacak yapay zekâ, diğer AB üyesi devletlerde de faaliyet gösterebilecektir. Prosedürlerdeki kolaylık, vergi indirimi ve cezadan kurtulmak amaçlı başvuru bu yolun titizlikle incelenmesi, olası suiistimaller ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapay zekâdan sorumlu tutulabilecek bir insanın varlığı halinde bu yapay zekâ varlıklarına izin verilebilir. Ayrıca devletlerin uluslararası hukuki sorumlulukları konusu da gündeme gelmelidir. Çünkü bu tür yapay zekâ varlıklarının uluslararası kişilik kazanmasını devletler sağlamaktadır²⁷. Bu konuda AB'nin yaklaşımı da bu yöndedir. Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen karara göre “yapay zekâdaki otonom karar alma, insanları sorumluluktan kurtarmamalı ve karardan sorumlu insanın belirlenebilmesi için karar verme süreçlerinde nihai sorumluluğa her zaman insanların sahip olması gerekir²⁸.”

Uluslararası hukuka ikinci olumlu etkisi kapsamında yapay zekâ, uluslararası hukukta belirli alanlarda ve belirli ölçüde *otomasyon* sağlayabilir. Bu bağlamda yapay zekâ sistemleri, uluslararası anlaşmaların yapılması sürecinde yetkilendirme, müzakere ve onay aşamalarında kullanılabilir²⁹. Yine yapay zekâ uluslararası hukuk oluşturma dinamiklerini gayri resmi ve dolaylı olarak değiştirebilir, ortaya çıkan zorlukları veya eğilimleri tahmin etme yeteneği ile geleneksel uluslararası hukukun oluşturulmasını kolaylaştırabilir, karmaşık sorunlara yönelik daha makul çözümler önerebilir. Tamamen otomatikleştirmese³⁰ veya uluslararası yargısal karar alma sürecine³¹ uygulanmasa bile, yapay zekâ uluslararası hukuku

²⁷ Burri (n 4) 95-98.

²⁸ EU European Parliament, ‘Artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law’, P9_TA(2021)0009, (2020/2013(INI)) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_EN.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

²⁹ Alzoghbi (n 5) 230-233.

³⁰ Burri (n 4) 92-95 ve 98.

³¹ Sözleşme taslaklarının hazırlanması, kararlara itiraz veya durum tespiti incelemesi gibi rutin işler giderek otomatik hale gelmektedir. Üstelik makineler, geleneksel olarak temel yetkinlikleri olan hukuki değerlendirmede hukukçulardan daha iyi performans göstermeye başlamıştır. Bilgisayar programları, vergi kararlarına karşı yapılan itirazların ve kaçakçılık suçlarına ilişkin para cezalarının sonuçlarını büyük bir doğrulukla tahmin etmektedir. Burri (n 4) 92; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından görülen 584 dava üzerinde eğitildikten sonra yeni davaların sonuçlarını %79 doğrulukla tahmin etmeyi başaran bir yapay zekâ algoritması gelinen noktayı göstermek için yeterlidir. Maas (n 9) 37; Yapay zekâ kuruluşlarının çoğalması, uluslararası hukukun bu konuyu yeniden değerlendirmesini gerektirmektedir, ancak “ne uluslararası

güçlendirebilir. Uluslararası toplumun barışı ve insan haklarını koruma ve uluslararası uyuşmazlıkları çözme hedeflerine daha kolay ulaşmasını sağlayabilir. Hatta yapay zekâ teknolojileri, küçük devletler ve gerçek kişiler için uluslararası sorunlarla ilgili tartışma ve süreçlere katılım fırsatı sağlayarak, uluslararası müzakerelerin etkinliğini, hızını ve kalitesini artırmaya yardımcı olabilir³².

Bütün bunlara rağmen yapay zekânın uluslararası hukuka getirmesi muhtemel otomasyon etkisine ihtiyatlı yaklaşılmaktadır. Bilindiği gibi yapay zekânın makine öğrenimi temelli teknolojilerinin (...) arama algoritmaları ve görüntü tanıma gibi alanlarda kullanılması mümkün gözükmemektedir. Yapay zekânın, büyük ölçüde, makinenin beslediği verinin miktarına ve kalitesine bağlı olduğu, eğitim verisi ne kadar çok ve temiz olursa, öğrenmenin o kadar iyi olacağı ve bir makine öğrenimi algoritmasının yeni toplanan verilere uygulayabileceği zekânın da o kadar sağlam olacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda yapay zekâ, iç hukukta vergi, trafik, şirket birleşme ve devralmalar gibi pek çok alanda kullanılabilir. Ancak uluslararası hukuk farklı özelliklere sahiptir. İç hukuktaki gibi nicelik ve niteliklerden yoksundur. Uluslararası hukukta sınırlı sayıda devlet ve uluslararası örgüt söz konusudur. Sivil toplum kuruluşları ve çok uluslu şirketler dahil edilse bile bu sayı nispeten düşük kalmaktadır. Uluslararası hukuk, çok çeşitli konuları kapsayan ve çoğunlukla genel ve muğlak terimlerle ifade edilen sınırlı sayıda anlaşmayla düzenlenmiştir. Evrensel olarak uygulanabilir çok taraflı anlaşmaların sayısı azdır. Geleneksel uluslararası hukuk herkesin bildiği gibi bulanıktır. Uluslararası hukuktaki güçlü diplomatik geleneğe uygun olarak, devletler arasındaki anlaşmazlıklar dostane bir şekilde ve gizlilik içinde çözülür. Uluslararası davalar ve kararlar yalnızca istisnai durumlarda alenidir. Mevcut kararların sayısı az ve çok çeşitli konuları kapsamaktadır. Uluslararası hukuka ilişkin kararların sayısının daha fazla olduğu alanlarda ise bunlara genellikle erişilemez ve çeşitli dillerde yazılmıştır³³. Bütün bunlar, uluslararası hukukta yapay zekânın sağlam bir hukuki değerlendirme sunmayı öğrenmesi için çok sınırlı kalacaktır. Bu nedenle yapay zekâ, uluslararası hukukta ancak içtihatları belirli bir seviyeye ulaşmış uluslararası mahkemelerde belirli alanlarda ve belirli ölçüde otomasyon sağlayabilir³⁴.

hukuk ne de uluslararası hukukçuların çalışmaları otomatikleştirilecektir çünkü veriler henüz, yapay zekânın sağlam bir hukuki değerlendirme yapmayı öğrenmesi için çok sınırlı kalmaktadır. Bakınız: Abhivardhan, 'The Wider Realm to Artificial Intelligence in International Laws' (2018) 1, 4 <<https://ssrn.com/abstract=3172280>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

³² Maas (n 9) 44-49.

³³ Burri (n 4) 93.

³⁴ Hars (n 3) 328.

Yapay zekânın uluslararası hukuka olumlu etkilerinden birisi de yüz tanıma teknolojisi sayesinde, bankacılık sektörü gibi bazı alanlarda işlemlerin kolaylaşmasına, suçun önlenmesi ile güvenliğin sağlanmasına ve özellikle terörle mücadele konularında etkinliğin artmasına yol açmıştır³⁵. Bu durum BM Terörizmle Mücadele Ofisi'nin 2021 yılında yayınladığı Raporda da dile getirilmiştir. Bu kapsamda terör örgütlerinin Güney ve Güneydoğu Asya'daki yasa dışı finansal hareketlerinin tespitinde yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılarak, terörle mücadelede etkinliğin artacağı ifade edilmiştir³⁶.

Görüldüğü gibi yapay zekâ, olumlu anlamda bazı uluslararası hukuk kurallarının yapılmasına, değiştirilmesine veya kaldırılmasına yol açacaktır. Ayrıca yapay zekâ, bazı hukuki başvuruların incelenmesi ve değerlendirilmesi gibi konularda otomasyon sağlayarak daha hızlı ve adil sonuçların ortaya çıkmasında kullanılabilir.

IV. YAPAY ZEKÂNIN ULUSLARARASI HUKUKA OLUMSUZ ETKİLERİ

Yapay zekânın pek çok alan gibi uluslararası hukukun bazı alanlarında olumsuz etkilerinin bulunduğu da bir gerçektir. Ancak bu etkinin boyutlarını en azından şimdilik tahmin etmek kolay değildir. Yapay zekâ ürünü otonom silahlardan etkilenen sivillerin korunması gibi bazı alan ve konularda hukukun temel ilkelere aykırılıklar doğabileceği, yapay zekâ teknolojisine sahip devletlerin adalet ve eşitliği engelleyebileceği veya hukukun etkinliğini azaltabileceği, yapay zekânın demokratik işleyişi çeşitli yollarla bozabileceği düşünülebilir. Yapay zekânın artık, devletler ve diğer kişiler tarafından kullanılacak yeni bir silah olduğu anlaşılmış ve bu durum ulusal ve uluslararası güvenliğe yönelik hem mevcut riskleri artırmış hem de yeni riskler doğurmuştur. Çünkü yapay zekâ, mevcut verilere dayanarak insan davranışlarını, ruh hallerini ve inançlarını analiz etme imkânı sunmaktadır³⁷. Her gün yeni gelişmelerin yaşandığı yapay zekâ ile ilgili farklı gelecek tahminleri ve senaryolar olmakla birlikte uluslararası hukukun tamamen

³⁵ Dilara Yüzer Eltimur, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları' (2022) Y Aralık 2022 C 12 S 2 AkdHFD 559, 575.

³⁶ The United Nations Office of Counter-Terrorism, 'Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence' (2021) 1, 24 <<https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023

³⁷ Brundage, Miles and Others, 'The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation' (2018) 1, 6 <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1802/1802.07228.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

otomasyona geçmeyeceği, uluslararası yeni tüzel kişiliklerin ortaya çıkacağı bununla ilgili düzenlemelerin değişmek zorunda kalacağı, tamamen otonom silahların yasaklanacağı, yapay zekânın yumuşak hukuk (soft law) kuralları ile yönetileceği ileri sürülmüştür³⁸.

Uluslararası hukuka *olumsuz* etkileri kapsamında *yapay zekâ uluslararası hukukta kilit rol oynayan bazı kavramları erozyona uğratabilecektir*. Mesela bunlardan birisi *sorumluluk* kavramıdır. Yapay zekâ teknolojisi ile bazı silahlar bakımından saldırının atfedilebilirliği kavramı erozyona uğramış, hem silahlı çatışmalara hem de silahlara ilişkin uluslararası düzenlemeler bu konuda yetersiz kalmaya başlamıştır³⁹. AB de, en nihayetinde insanın sorumluluğunu kabul eden hukuki düzenlemelerin gerekliliğini kabul etmiştir. Bu husus hem aldığı kararlarda yer almış hem de yapay zekâyâ ilişkin Yasa'da düzenlenmiştir⁴⁰. Bu noktada, mevcut kuralların değiştirilemediği veya yeni kural konulamadığı sürece yapay zekâ uluslararası hukuku olumsuz etkileyecektir. Tabiri yerinde ise eski kurallar artık sorunu çözmeye uygun değildir, yenisi ise henüz yapılamamıştır. Sorumluluk kavramı özellikle otonom silahlarla birlikte önem taşıması sebebiyle aşağıda bu konu ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Uluslararası hukuka *olumsuz* etkilerinden birisi de yapay zekânın *algoritmik karar vermede önyargı potansiyeli taşımasıdır*. Devletler, verdiği kararlarda makine öğrenimi veya diğer yapay zekâ modellerini kullandığı takdirde temel bilgisayar modellerinin insanlara adil ve eşit davranıp davranmadığını belirlemesi gerekir. Burada, verilerden kalıp öğrenen bilgisayar modellerinin, o verilere yüklenmiş önyargılara dayalı olarak belirli olay ve kişilere karşı önyargılı olması ihtimali vardır. Mesela, suç işleme ihtimalini tahmin etmek için makine öğrenimini kullanan bir yazılımın, geçmiş polis kayıtlarına dayanarak tahmin modelini oluşturduğunu düşünelim. Bu bölgede polis, belirli etnik azınlık gruplara aynı suçtan dolayı azınlık olmayanlara göre orantısız olarak daha yüksek oranda tutuklama eğiliminde ise bu önyargılı polis tutuklama verileri yapay zekâyâ yüklenecektir. Bu verilerden kalıpları öğrenen yapay zekâ makine öğrenimi sistemi, bu önyargıları kodlayacaktır⁴¹. Uluslararası nitelikte idari veya yargısal karar verme

³⁸ Burri (n 4) 91-108; Maas (n 9) 44 vd.

³⁹ Michael J. Glennon, 'The Dark Future of International Cybersecurity Regulation' (2013) 6(2) Journal of National Security Law and Policy 563, 564.

⁴⁰ Artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law (n 29) para 8.

⁴¹ Surden (n 14) 1336-1337.

mekanizması yapay zekâ ile oluşturulması halinde benzer sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir. Mesela sınırlarda göç ve iltica ile ilgili yapay zekâ ürünü karar verme mekanizmasına yüklenecek veriler, göç ve ilticaya ilişkin farklı yaklaşımlar sebebiyle ülkeden ülkeye değişebilecektir.

Uluslararası hukuka *olumsuz* etkilerinden birisi de yapay zekâ sistemlerinin kararlarını nasıl verdiğine ilişkin yorumlanabilirlik ve şeffaflık eksikliğidir. Çoğu zaman yapay zekâ sistemleri, altta yatan mekanizmanın onları yazan programcılar tarafından bile yorumlanamayacağı şekilde tasarlanmıştır. Bu nedenle karar verme sürecine katılan yapay zekâ sistemlerinin açıklanabilir, yorumlanabilir ve şeffaf olması ve neden böyle bir karara vardıkları konusunda gerekçe üretebilmesi gerekir. Ayrıca yapay zekâ tarafından verilmiş otomatik kararların tarafsız, objektif ve doğru görünmesine rağmen gerçeklerle orantısız bir şekilde uyuşmamasıdır⁴². Bu da yapay zekâ tarafından verilecek karar ve yapılacak eylemin ön-görülemezliği sorununu doğurmaktadır.

Görüldüğü gibi yapay zekâ uluslararası hukuku doğrudan veya dolaylı bir şekilde olumsuz olarak etkilemektedir. Bu noktada yapay zekânın uluslararası barış ve güvenlik ana hedefinde özellikle insan haklarının korunması amacıyla kullanılması sağlanmalıdır. Çünkü yapay zekâ teknolojileri en çok insanı ve haklarını etkilemektedir. Aşağıda yapay zekânın uluslararası hukukta etkilediği üç alan üzerinde durulacaktır.

V. YAPAY ZEKÂNIN ETKİLEDİĞİ ULUSLARARASI HUKUK ALANLARI

Yapay zekâ, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları gibi uluslararası hukukun pek çok alanını doğrudan etkilemektedir. Bu kapsamda işbu çalışmada yapay zekânın etkilediği yaşama hakkı, ifade özgürlüğü, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği (mahremiyet) gibi temel hakların durumu ele alınacaktır.

A. Yapay Zekâ Ürünü Otonom Silahlar ve Yaşama Hakkı

Yapay zekâ ürünü otonom silah teknolojilerinde akıl almaz derecede gelişme yaşanmıştır. Bu kapsamda yapay zekâ ile kontrol edilebilen insansız hava araçları (İHA), silahlı insansız hava araçları (SİHA), deniz ve kara araçları ile belirlenen hedefler tespit edilebilmekte ve vurulabilmektedir. Silahlı çatışma kurallarına göre yalnızca askeri hedefler vurulabilir, siviller, savaş dışı kalmış olan yaralı

⁴² Surden (n 14) 1337-1338.

ve kazazedeler, sağlık ve din personeli ile medya personelinin hedef alınması yasaktır. Ayrıca bazı mal, eşya, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verilemez. Ancak yapay zekâ ile kontrol edilen otonom silahların bu ayırımı yapabileceği konusunda endişeler söz konusu olmaktadır.

Ulusal ve uluslararası literatürde otonom silahların bu ayırımı yapıp yapamaması konusu ile özellikle silahlı çatışmalarda korunması gereken kişilerin yaşama hakkı arasında bağlantı kurulmuş ve temel insan hakkı kapsamında ele alınmıştır⁴³. Bu nedenle yaşama hakkı, yapay zekâ ve aşağıda ele alınacak olan otonom silah sistemlerinin (OSS) potansiyel etkisi ile ilgili tartışmaların merkezine oturmuştur. Bilindiği üzere BM Şartı'nın önsözünde "Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine" olan inanç dile getirilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) 3.maddesine göre "Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır". Yine BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6.maddesine göre "Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz." Ancak yapay zekâ temelli öldürücü otonom silahlara yapılan yatırımların dünya çapında artması, bu hak için ciddi bir tehdit oluşturmaya başlamıştır⁴⁴.

Kural olarak yaşama hakkı barış zamanında korunması gereken uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili bir haktır. Ancak uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında korunması gereken kişilerin ve özellikle sivillerin yaşama hakkı ciddi bir şekilde etkilenmektedir. Bu bağlamda uluslararası insancıl hukuk, korunması gereken kişi ve nesnelerin korunması ile ilgilidir. Bu noktada yapay zekâ teknolojileri, barış zamanında insan hakları hukukunun bir konusu olarak yaşama hakkını tehdit ettiği gibi, silahlı çatışmalar sırasında

⁴³ Neil Davison, 'A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law, Perspectives on Lethal Autonomous weapon systems' (2016) No 30 Legal Division International Committee of the Red Cross UNODA Occasional Papers 5, 8 vd <<https://www.icrc.org/en/document/autonomous-weapon-systems-under-international-humanitarian-law>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023; Nesrin Singil, 'Yapay Zekâ ve İnsan Hakları' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin (PPIL) 121, 134-138 <<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.970856>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023; Picker (n 6) 170 vd; Roumate (n 2) 2 vd; Eltimur (n 36) 572 vd.

⁴⁴ Dünya çapında robot teknolojisine yapılan harcamalar 2022 yılında 118 Milyar Dolar olmuştur. 2026 yılında bu rakamın 300 Milyar Dolara ulaşması beklenmektedir. Bakınız: International Data Corporation, Worldwide Spending on AI-Centric Systems, <<https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS49670322>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

sivil kişilerin yaşama hakkını olumsuz bir şekilde etkilemektedir⁴⁵. Martens kaydı, etik ilkeler ile uluslararası insancıl hukuk arasında bir bağlantı kurmakta ve bu da onu özellikle otonom silah sistemlerinin değerlendirilmesinde zorunlu kılmaktadır. Bu kayıt, mevcut anlaşmaların kapsamına girmeyen durumlarda bile sivillerin ve savaşçıların, insanlık ilkeleri ve kamu vicdanı kuralları tarafından korunmaya devam edeceğini öngörmektedir⁴⁶.

Yapay zekâ teknolojisinin gelişmesi ile birlikte uluslararası silahlı çatışmalarda, otonom silah sistemleri kullanılmaya başlanmıştır. Peki otonom silahlar nedir? Otonom silah sistemi “önemli işlevlerinde özerkliğe sahip olan, insan müdahalesi olmadan hedefleri seçebilen (arayan, tespit eden, tanımlayan, takip eden veya seçen) ve saldırabilen (kuvvet kullanan, etkisiz hale getiren, hasar veren veya yok eden) silah sistemi” olarak tarif edilmektedir. Burada bir insanın sistemi etkinleştirdikten sonra normalde insanlar tarafından kontrol edilen hedefleme işlemi, sistemin yazılım ve sensörleri ile yapılmaktadır⁴⁷. İnsan Hakları İzleme Örgütü (İHIÖ), otonom silahları üçe ayırmaktadır: 1-İnsan kontrollü silahlar, hedefleri insan seçer ve onlarla etkileşime geçer, 2-Robot kontrollü fakat insan denetimli silahlar, robotlar hedefleri seçer ve onlara saldırır, ancak denetleyen bir insan komutu geçersiz kılabilir 3-Tamamen otonom silahlar, hedefi robot seçer, insan kontrolü yoktur. Tamamen OSS veya İHIÖ’nün adlandırdığı şekliyle “insan kontrolü dışı silahlar” (human out of the loop weapons), şu anda yaşama hakkına, barışa ve güvenliğe yönelik en tehlikeli tehdit olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

İşte bu noktada üzerinde durulması gereken üç konu vardır: *İlk konu* mevcut uluslararası hukuk ilke ve kurallarına göre OSS üzerinde “anamlı” veya “etkili” insan kontrolünün veya “uygun düzeyde insan muhakemesi”nin muhafaza edilmesi gerektiğidir⁴⁹. *İkinci konu*, yapay zekâ ürünü OSS’lerin askeri-sivil hedef ayırımı yapabilme becerisidir. *Üçüncü konu* ise OSS’lerin devlet dışı kişiler tarafından kullanılmasıdır.

⁴⁵ Alzoghbi (n 5) 228-229 ve 233-234.

⁴⁶ Davison (n 44) 8.

⁴⁷ Davison (n 44) 5-6; Diğer tanımlar için bakınız: Nathan Leys, ‘Autonomous weapon systems, and international crises’ (2018) 12 (1) Strategic Studies Quarterly 48, 50-52.

⁴⁸ Human Rights Watch, ‘Losing Humanity: The Case Against Killer Robots’ (19 November 2012) <<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁴⁹ Davison (n 44) 11; Leys (n 48) 57-58.

Doktrinde, “anamlı bir insan kontrolü” ile ilgili ciddi endişe ve tartışmaların olduğu görülmektedir. Çünkü yorum odaklı bir emir veya uluslararası bir kuralın insan olmayan makine tarafından nasıl yorumlanacağı haklı olarak merak konusudur⁵⁰. Bu kapsamda bazı yazarlar tarafından “anamlı bir insan kontrolü olmaksızın hedefleri seçen ve bunlara saldıran nitelikte *tamamen otonom silah sistemlerinin* yasaklanabileceği, daha düşük düzeyde özerkliğe sahip silah sistemlerinin ise meşru olacağı” görüşü ileri sürülmüştür. Anamlı bir insan kontrolüne tabi olmayan sistemlerle sınırlı olsa bile, otonom silah sistemlerinin yasaklanmasının önemli bir başarı olacağı, çünkü gelecekteki savaşların tamamen otomatikleşebileceği ve insanlığın eninde sonunda makinelerin egemenliğine girebileceği yönünde yaygın olarak ifade edilen korkuları giderebileceği ifade edilmiştir⁵¹.

Ancak “anamlı insan kontrolü” teriminin, belirsizliği ortadan kaldırmayaacağı, tam tersine dar veya geniş yorumlayanların kendi lehine kullanabileceği bir terim olduğu da dile getirilmiştir. Buna göre “anamlı insan kontrolü”, her ne kadar üzerinde fikir birliğine varılmış bir terim gibi görünse de, *maskaralıktan* başka bir şey olmayabilir ve bu ibarenin ardında, otonom silahların ortaya çıkarıldığı gerçek sorunlar gizlenebilir⁵².

Yapay zekâ ürünü OSS’ler üzerindeki anamlı insan kontrolünün kapsamını belirlemek için mevcut düzenleme ve içtihatlardan yararlanılabilir. Mesela, OSS’yi kontrol eden bir kişinin ne zaman ve hangi koşullar altında sahadaki eylemlerden sorumlu olacağı, eğer OSS birden fazla kişi tarafından kontrol ediliyorsa bu kişiler arasında sorumluluğun nasıl paylaşılacağı sorularının cevapları uluslararası kural ve kararlardan bulunması mümkündür⁵³. Ancak diğer bazı yazarlara göre kuvvet kullanımı ve savunma ile ilgili uluslararası kurallar özellikle OSS’yi yasaklayacak şekilde revize edilmelidir. Çünkü yapay zekâ teknolojileri

⁵⁰ Abhivardhan (n 32) 4.

⁵¹ Burri (n 4) 98-101.

⁵² Burri (n 4) 98-101 Bu kapsamda yüzlerce silahlı insansız hava aracını, güç kullanma ve başıboş dolaşma kapasitesine yetkisine sahip silahlı bir su altı aracının tek bir operatöre bağlı olması “anamlı bir insan kontrolü” kavramına dahil edilebilir ... Öte yandan “anamlı insan kontrolü” savaşın doğası ile çelişmektedir. Çünkü hiçbir devlet silahların kontrol gücünden vazgeçmek istemez, bu nedenle yasağı dikkate almaz. (...) Burada bir de yapay zekâ algoritmalarının nasıl kullanılacağı sorunu vardır. Yeni silahlanma yarışının gerçekleştiği yer burasıdır. Devletlerin rekabeti eskiden, nükleer silah, füze ve savaş uçaklarının menzil ve kapasitesi konusunda iken şimdi, uydu görüntülerinin çözünürlüğü ve dijital haritaların doğruluğu gibi verilerle ilgilidir. Bu durum, gelecekteki güç dengesi üzerindeki etkileri ve yapay zekâ kontrolündeki savaşlar ile daha yakından ilgilenilmesini gerektirmektedir. Burri (n 4) 98-101.

⁵³ Burri (n 4) 101-102; Ayrıca bakınız: Hars (n 3) 328; Leys (n 48) 51.

uluslararası hukuktan daha hızlı ilerlemektedir. Aslında silahlı çatışmalarda silah kullanan savaşçılar uluslararası insancıl hukuk kurallarına uymak zorundadır. Bu kuralların ihlali halinde savaşçılar sorumlu tutulacaktır. Uluslararası hukuk kapsamındaki tüm yükümlülükler gibi, bu yasal yükümlülükler ve bunlara ilişkin hesap verme sorumluluğu da bir makineye, bilgisayar programına veya silah sistemine devredilemez⁵⁴. Görüldüğü gibi OSS'lerin yasaklanması veya sınırlandırılması ile ilgili olarak doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Yaşama hakkı ile bağlantılı olarak ikinci önemli konu *yüz tanıma* teknolojisi kullanılan OSS'lerin *hedef ayırımı yapabilme* kapasitesidir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 1977 tarihli I. Ek Protokol'ünün 36. maddesine göre devletler, "yeni bir silahın, savaş aracının ya da yönteminin üzerinde çalışmalar yapması, geliştirmesi, elde etmesi ya da benimsemesi durumunda bunun kullanımının işbu Protokol ya da ilgili Yüksek Akit Tarafı bağlayan herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla her koşulda ya da bazı hallerde yasaklı olup olmadığını belirlemek yükümlülüğü altındadır." Bu bağlamda devletler işbu yükümlülüğe uygun olarak, silah sistemlerinin kullanımında temel hukuki yükümlülükler uyması gerekmektedir⁵⁵. Ancak "robotların askeri hedefler ile sivil hedefler veya aktif savaşçılar ile masum sivililer arasındaki ayrımı sağlayıp sağlayamayacağı" tartışmalıdır⁵⁶.

Kural olarak bir silah sistemini kontrol eden kişinin, askeri hedef-sivil hedef, savaşçı-sivil, aktif savaşçı-savaş dışı kalan ayırımını yapma yükümlülüğü vardır. Ayrıca bu kişinin, orantılılık ilkesi gereği, elde edilecek askeri avantaj ile karşı tarafa verilen zarar arasındaki dengeyi kurması ve gereksiz acı ve kayıplara sebebiyet vermemesi gerekir. Bu kurallara aykırılık halinde savaşçı sorumlu tutulacaktır. Bu yükümlülükler ve bunlara ilişkin hesap verme sorumluluğu bir makineye, bilgisayar programına veya silah sistemine devredilemez. Bu nedenle, otonom silah sistemi kullanarak bir saldırıyı planlayan, karar veren ve gerçekleştirenlerin, silah sisteminin ve kullanım şeklinin gerekli hukuki kararları verme yeteneğini koruması ve insancıl hukuka uygunluğunu sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla otonom bir silah sisteminin, tasarımı, performansı ve/veya kullanım yöntemi nedeniyle komutanların veya operatörlerin bu hukuki kararları vermelerine engel

⁵⁴ Davison (n 44) 3.

⁵⁵ Davison (n 44) 7.

⁵⁶ Anderson, Kenneth and Waxman Matthew. 'Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can', (2013) Stanford University, The Hoover Institution Jean Perkins Task Force On National Security and Law Essay Series, 1, 11 <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1803> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

olması durumunda insancıl hukuk kapsamında endişelere yol açacağı anlaşılmaktadır. Örneğin, bir mobil otonom silah sistemi, insan denetimi ve iletişimi olmadan, geniş bir alanda ve uzun süre boyunca hedefleri arıyorsa, silahın fırlatılmasına izin veren komutan ve onu harekete geçiren operatör, nerede ve ne zaman bir saldırının olduğunu tam olarak bilemeyecektir. Bu durumda OSS'nin, koşulların değişmesi halinde, orantılılık veya önlemler konusunda nasıl karar alacağı sorularını gündeme getirmektedir⁵⁷. Bu nedenle OSS'lerin hedef ayırımı yapabilmesi konusunda, uluslararası düzenleme ihtiyacı gözükmemektedir.

Silahlı çatışmalar sırasında korunması gereken kişilerin yaşama hakkının sağlanması bağlamında *üçüncü konu* OSS'lerin, devlet dışı kişiler tarafından kullanılmasıdır. Dahası, yapay zekâ geliştikçe, silah sistemleri iyi tanımlanmış ve kontrollü bir ortamda önceden programlanmış eylemlerin veya dizilerin tam olarak yürütülmesi "robotik otomasyon"dan, eylem üreten, değişen ve öngörülemez ortamlara uyum sağlayan gerçek "otonom" silahlara dönüşmektedir. Bu dönüşüm, otomatik makinelerin askeri açıdan bazı işlevleri insanlardan daha iyi (bazı durumlarda daha hızlı, daha gizli veya daha kesin bir şekilde) yerine getirebilmesi ve askerlere yönelik riskleri azaltması gibi çeşitli faktörlerin bir araya gelmesiyle daha da hızlanacaktır⁵⁸. Bu durum yaşama hakkının özellikle terör örgütleri ve diğer kişiler tarafından tehdit edilmesi anlamına gelmektedir.

Aslında OSS'lerin geliştirilmesi ve devletler tarafından konuşlandırılması ve gerektiğinde kullanılması, kaçınılmaz bir gerçektir. OSS'leri yasaklamaya yönelik herhangi bir girişim, kendisini ve vatandaşlarını koruma refleksi ile hareket eden devletlerin bu silahları kullanmasını durdurmada etkisiz olacaktır. OSS, doğası gereği yasa dışı veya etik dışı değildir. Mevcut uluslararası kurullarla da bu tür sistemlerin ortaya çıkardığı hukuki sorunların üstesinden gelinir. Bu kapsamda ortak standartlar teşvik edilebilir ve iyi uygulamaları yaygınlaştırmak için uluslararası işbirliği⁵⁹ yapılabilir. İlk bakışta OSS'lerin ortaya çıkması, silahlı çatışma kuralları açısından bir kriz olarak görülse de yapılacak kurullar ile en azından hukuki çerçeve çizilebilir⁶⁰.

Görüldüğü gibi, silahlı çatışmalarda yapay zekâ kullanımı, silahlı çatışmalarda sivillerin korunması ve yaşama hakkını olumsuz etkileme potansiyeli vardır.

⁵⁷ Davison (n 44) 7-8.

⁵⁸ Anderson and Waxman (n 57) 5.

⁵⁹ Teknik işbirliğinin önemi için bakınız: Brundage and Others (n 38) 4 ve 63.

⁶⁰ Anderson and Waxman (n 57) 27.

Bu potansiyel riskleri en aza indirmenin yolu, evrensel kural ve standartların oluşturulması ve barışta ve savaşta insan haklarının korunmasını sağlamak için tüm paydaşlarla teknik ve hukuki olarak işbirliği yapılmasıdır. Yapay zekâ ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının gözden geçirilmesi artık bir tercihten ziyade bir zorunluluktur. Bu bağlamda tamamen otonom silahları yasaklanması, anlamlı insan kontrolündeki otonom silahlara izin verilmekle birlikte sıkı şartlara tabi tutulmalıdır. En önemlisi de otonom silahlardan dolayı mutlaka bir insanın sorumluluğu sağlanmalıdır.

B. Yapay Zekâ ve İfade Özgürlüğü

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesine göre "Herkesin fikir ve ifade özgürlüğü hakkı vardır, bu hak, müdahale olmaksızın fikir sahibi olmak ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her türlü yoldan aramak, elde etmek ve yaymak hakkını da içerir". İfade özgürlüğü, evrensel nitelikli 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi ile de düzenlenmiştir. Yine 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bölgesel nitelikli insan hakları sözleşmeleri tarafından da güvence altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. İnternet ise, bireylerin her türlü bilgi ve düşüncüyü sınır tanımadan arama, alma ve yayma haklarını kullandıkları en önemli iletişim ortamı haline gelmiştir. Çevrimiçi iletişimi sağlamak için kullanılan çeşitli teknolojilerden birisi de yapay zekâdır. Ancak yapay zekânın bu olumlu tarafına rağmen ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkisi de göz ardı edilmemelidir. Yapay zekâ sistemleri sayesinde, kişisel verilerin oluşturulması, toplanması ve işlenmesi ile kullanıcıların profili çıkarılabilmekte ve gelecekteki davranışları tahmin edilebilmektedir. Bu durumun ifade özgürlüğü açısından ciddi sonuçları olabilir. İlki, yapay zekâ sistemleri, çevrimiçi platformlarda, özellikle de sosyal ağlarda ve arama motorlarında *içerik kişiselleştirme* yoluyla, kullanıcıların görebileceği içeriği ve bu içeriği görme sırasını seçerek onları filtre baloncukları (veya yankı odaları) olarak adlandırılan alanda bırakmaktadır. İkincisi yapay zekâ sistemlerinin, *içerik denetleme* yoluyla, çevrimiçi platformların kurallarına uymayan içerikleri kaldırması ve topluluk kurallarını ihlal eden kullanıcıları geçici veya kalıcı olarak engellemesi, içeriğin veya denetimin yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı sorunlarını gündeme getirmektedir⁶¹.

⁶¹ Emina Kolarevic, 'The Influence of Artificial Intelligence on the Right to Freedom of Expression' (2022) 39 Law Theory & Prac 111, 122.

İçerik kişiselleştirme, internet kullanıcıları için haber ve bilgileri kişisel tercih ve isteklerine göre filtreleyen algoritmaların kullanımını ifade eder. Yapay zekâ, her bir kullanıcının çevrimiçi faaliyetlerine ilişkin verileri kaydeder, saklar ve bunları kullanarak bireysel kullanıcı modelleri oluşturur, her bir kullanıcı için, ilgi duymadığı haber ve bilgileri filtreleyerek ilgili olduğu haber ve bilgileri tahmin eder. Bunun sonucunda arama motoru sonuçları kullanıcıdan kullanıcıya farklılık göstermektedir. İşte bu içerik kişiselleştirilmesi, ifade özgürlüğü açısından ciddi bir tehdit olabilir. *Bu tehditlerden ilki* filtre baloncuğu veya yankı odaları yoluyla kişinin sadece duymak istediği veya onayladığı haber, bilgi veya düşünceler kişinin karşına çıkacaktır. Bu durum kişinin kendi tercihine dayanıyorsa ifade özgürlüğü açısından sorun yoktur. Ancak bu durum tamamen yapay zekânın dayattığı veya seçtiği içerikler ise kişinin bilgi alma veya bilgiye ulaşma hakkını ihlal edebilecektir⁶².

İkinci tehdit ise internet kullanıcılarının yapay zekâ tarafından manipüle edilmesidir. Yapay zekâ yazılımları, işitsel ve görsel nitelikli içerik oluşturmak için yeni araçlar sunmaktadır. Ancak bu yeni araçlar, bir yandan demokrasinin temel taşı olan ifade özgürlüğünün kullanımını kolaylaştırmakta diğer yandan bazı devletlerin sosyal medya platformları üzerindeki kontrol ve denetimini artırmaktadır. Yapay zekâ sistemleri ile sosyal medyada, iş akışı veya ürün seçimi optimizasyonu, otomatik veya eski arşivlerden içerik oluşturma, hedef kitleye yönelik içerik seçimi, sanal veri oluşturma veya filtreleme yoluyla içerik kişiselleştirme yapılmakta ve bu durum kamuoyunu etkilemek ve sosyal hareketleri yönlendirmek için de kullanılmaktadır. İfade özgürlüğünün bu araç ve yöntemlerle kullanılmasının, toplumsal hareketler ve özellikle seçim kampanyaları açısından tartışmalı sonuçları doğabilecektir. Ayrıca medyada yer alan bazı haber ve bilgi ve ürünlerin yapay zekâ tarafından seçilip trend (genel eğilim) olarak tutulması söz konusu olabilir. İşte bu noktada, internet kullanıcılarının, hükümetler, reklamcılar veya diğer üçüncü kişilerce manipüle edilerek ikna edilmesi mümkün olabilecektir⁶³. Bu şekilde kişilerin manipüle edilmesi hem medya araçlarına güvensizlik doğurmakta hem de ifade özgürlüğü açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.

Bazı yapay zekâ sistemleri ile, bugün artık insanları etkilemek ve siyasi tercihlerini değiştirmek gibi amaçlarla başkalarının sesleri ve görüntüleri taklit edilebilmekte ve sahte videolar oluşturulabilmektedir. Bu yeni teknolojiler ile, çok kısa süreli orijinal ses kullanılarak inandırıcı sahte bir ses üretilebilmektedir⁶⁴. Bu

⁶² Kolarevic (n 62) 115-118.

⁶³ Roumate (n 2) 3.

⁶⁴ Bryn Wells-Edwards, 'What's in a Voice? The Legal Implications of Voice Cloning Notes' (2022) Vol 64 Arizona Law Review 1213, 1214-1215.

durumun iki olumsuz sonucundan söz etmek gerekir. İlki kişilerin artık kendi kamuoyunu oluşturma ve güvenliği üzerinde kontrol sahibi olmaktan çıktığı ve bunun yapay zekâ tarafından yapıldığı anlamına gelmektedir. Düşünce açıklamaları, sosyal ağlarda yayılan bilgilerden etkilendiğinde ve algoritmalarla kişisel etkileşimleri manipüle veya suiistimal edildiğinde artık güvenilemez hale gelir⁶⁵. İkinci olumsuz sonuç ise, seslerin ve görüntülerin taklit edilebilirliği, ifade özgürlüğünün sosyal medya gibi ortamlarda kullanılması önünde insanlarda oluşabilecek çekingenliktir. Yani insanlar, sesinin veya görüntüsünün suiistimal edileceği endişesi ile sosyal medyada ses veya görüntüsünü kullanmakta tereddüt ve endişe duyacaktır. Bu da ciddi bir şekilde ifade özgürlüğünün kullanılmasına zarar verecektir.

Yapay zekâ sistemleri aslında, yasa dışı veya platform kurallarına uymayan içerikleri tespit etme konusunda hem daha etkili hem de insana nispeten daha doğru karar verme kapasitesine sahiptir. Ancak yapay zekâ yazılımlarının, insan gibi her içeriğin bağlamını ve doğasını değerlendirme ve dil ve kültür farklılıklarını hesaba katma özelliği (henüz) yoktur. Bu nedenle internet ortamındaki herhangi bir ifade, yapay zekâ tarafından algoritmik olarak içerik kaldırma veya hesap engelleme işlemlerine maruz kalabilecektir. Bu durum ise ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşruluğu konusunu da gündeme getirecektir⁶⁶.

Ayrıca devletlerin mesela pandemi sebebiyle veya bilgi kirliliği ile mücadele kapsamında kabul ettiği kurallar, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği (mahremiyet) üzerinde ciddi bir kısıtlama doğurmuştur. Bu durum genel olarak uluslararası insan haklarıyla ilgili yeni hukuki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu nedenle UNESCO, hâkimler ve mahkemeler için, ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek amacıyla uluslararası hukukun teorik çerçevesini ve insan hakları standartlarını uygulamak için referans olarak kullanılabilir kılavuz yayınlamıştır⁶⁷.

Görüldüğü gibi yapay zekâ teknolojileri alanındaki gelişmeler, ifade özgürlüğü bakımından bir taraftan yeni fırsat ve ortamları doğururken diğer taraftan risk oluşturmaktadır. Devletler, uluslararası kuruluşlar ve yapay zekâ üretici ve kullanıcıları, yapay zekânın ifade özgürlüğünü geliştirmek ve korumak bağlamındaki yönünü güçlendirmelidir. Diğer yandan yapay zekânın özellikle içerik

⁶⁵ Roumate (n 2) 3.

⁶⁶ Kolarevic (n 62) 118-121.

⁶⁷ UNESCO, 'Protecting Freedom of Expression during the COVID-19 crisis: UNESCO issues Guidelines for Judicial Operators' (15 September 2020), <<https://www.unesco.org/en/articles/protecting-freedom-expression-during-covid-19-crisis-unesco-issues-guidelines-judicial-operators>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

kişiselleştirme ve kişi ve toplumların manipüle edilmesi açılarından olumsuz sonuçlar doğurmasının önüne geçilmelidir.

C. Yapay Zekâ ve Kişisel Verilerin Korunması / Özel Hayatın Gizliliği

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesine göre, "Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilemez, onur ve itibarına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır" Bu hüküm 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17.maddesinde daha korunaklı şekilde ifade edilmiştir. 2000 tarihli Avrupa Temel Haklar Bildirgesinin 7.maddesine göre "Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir". "Kişisel bilgilerin korunması" başlıklı 8.maddesine göre 1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir. 3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir". Yine bölgesel nitelikli AİHS'nin 8.maddesinde özel ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin korunması ile özel hayatın gizliliği birbirinden ayrı olmakla beraber yakından ilişkili haklardır. Her iki hak da, kişinin özerkliği ve insan onurunu korumaya yöneliktir⁶⁸. Yapay zekâ alanındaki teknolojik gelişmeler, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliğini büyük ölçüde etkilemiş, kişi ve kuruluşların verilerle etkileşim kurma biçimini ve dünya çapında veri koruma düzenlemelerini önemli ölçüde değiştirmiştir. Çünkü yapay zekâ, kişisel verilerin benzeri görülmemiş hızda toplanmasına, depolanmasına ve işlenmesine imkan tanımıştır. Özellikle gözetim ve takip için kullanılan yüz tanıma teknolojisi, bazı alanlarda devrim niteliğinde etki doğurmuştur.

Yapay zekâ alanındaki bu gelişmelerin olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Olumlu yönü bankacılık sektöründe olduğu gibi bazı işlemlerin kolaylaşmasına, suçun önlenmesi ve özellikle terörle mücadele konularında etkinliğin artmasına yol açmıştır⁶⁹. Olumsuz yönü ise yapay zekâ algoritmalarının kullanımında şeffaflığın ve açıklanabilirliğin olmayışı, kişisel verilerin kişi ve kuruluşlar tarafından

⁶⁸ Eltimur (n 36) 576.

⁶⁹ Eltimur (n 36) 574 vd.

nasıl kullanıldığının anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Yapay zekâ algoritmalarındaki bu belirsizlik, gizlilik endişelerini daha da karmaşık hale getirmiştir. Kişisel verilerin sosyal medya platformları, arama motorları ve online alışveriş siteleri tarafından toplanması, ticari veya politik amaçlarla kullanılabilir bir veri hazinesi doğurmuştur. Bu veriler yapay zekâ algoritmaları yoluyla işlenmekte ve kullanıcılar belirli bir hedefe yönlendirilmektedir. Yapay zekâ araçları tarafından yapılan bu yönlendirme yüzünden kişiler belirli alanlarda yoğunlaşmakta, bazı fırsatlardan yararlanamamaktadır⁷⁰. Bu durum, kişisel verilerin ve özel hayatın korunması hususunda “çelişkili durumları ortaya çıkarmaktadır⁷¹”.

Yapay zekâ alanındaki gelişmelerin özel hayatın gizliliği bağlamında ulusal veya uluslararası siyasi sonuçları olması mümkündür. Çünkü uydu görüntülerinden, yüz tanıma destekli kameralardan veya cep telefonu konum bilgilerinden elde edilen verileri birleştiren sistemler, kişilerin hareketlerini izleyebilmekte ve hatta gelecekteki hareketleri ve konumunu da tahmin edebilmektedir. Çünkü bu sistem, hem bireysel hem de grup düzeyinde hareket ve seyahat özgürlüğünün kısıtlanması için hükümetler ve siyasi değişiklikleri hedefleyen aktörler tarafından kolaylıkla kullanılabilir. Dolayısıyla sosyal medyadaki bu tür işlemlerden seçim kampanyaları veya oy verme davranışları olumsuz etkilenebilecektir⁷².

Yapay zekâ alanındaki gelişmeler, devletlerin egemenliğini de tartışmalı hale getirmektedir⁷³. Çünkü devletlerin, güvenlik, alışveriş ve benzeri sebeplerle veri toplayan şirketler üzerinde yeterince denetim yapmadığı veya bu verilerin farklı amaçlarla kullanımı üzerinde söz sahibi olamadığı durumda, egemenlik konusu tartışmalı hale gelecektir. Ayrıca devletin vatandaşlarının kişisel verilerini koruma ve özel hayatın gizliliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirememesi söz konusu olacaktır. Bu da yapay zekânın devletlerin egemenliğine olumsuz etkisi olarak değerlendirilebilecektir.

Burada pandemi döneminde salgınla mücadele kapsamında yaygın şekilde kullanılmaya başlayan bazı akıllı telefon uygulamalarından da söz etmek gerekir. Bu uygulamalar bir kişinin beyin ve kalp ritmine kadar pek çok bilgisine uzaktan

⁷⁰ Ronak Nagar, ‘The Impact of AI on Privacy and Data Protection Laws’ (2023) <<https://www.linkedin.com/pulse/impact-ai-privacy-data-protection-laws-ronak-nagar>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁷¹ Z. Seldağ Güneş Peschke ve Lutz Peschke, ‘Artificial Intelligence and The New Challenges for EU Legislation’ (2022) Yıl: 7 2022/2 YBHD, 1267, 1268.

⁷² Brundage and Others (n 38) 29.

⁷³ Andrea Calderaro and Stella Blumfelde, ‘Artificial Intelligence And EU Security: The False Promise of Digital Sovereignty’ (2022) Volume 31 Issue 3 European Security 415, 415 vd.

erişime imkân tanımaktadır. Bu durum özel hayatın gizliliği ile sağlığın korunması amacıyla müdahale tedbiri arasında ince bir çizgi oluşturmaktadır. Hatta uluslararası bir sivil toplum kuruluşuna göre, pandemi döneminde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) üyesi bazı ülkelerdeki yapay zekâ ürünü takip programları, sadece hastalık temaslarını değil aynı zamanda kişileri de takip etmiştir⁷⁴. Aslında üye devletler bu takip sistemini uluslararası bir yükümlülük olarak uygulamışlardır. Çünkü DSÖ düzenlemeleri uyarınca, devletler, toplum kaygılarına duyarlı, şeffaf, kişilere gereksiz yükler getirmeyen, hastaya müdahale için gerekli verileri toplayan ve gizliliği ihlal etmeyen halk sağlığı gözetim sistemleri geliştirmekle yükümlüdür. Ancak yapay zekâ ürünü takip programları, uluslararası insan hakları hukuku açısından yeni tartışmalar doğurmuş, özgürlük ve özel hayatın gizliliği açısından ciddi bir risk oluşturmuştur. Dünya Sağlık Örgütü'nün itiraf niteliğinde sayılabilecek ifadesine göre “verilerin bu tür kullanımları ile, temel insan hak ve özgürlükleri tehdit edilebilir, hastalık takibi ile toplum takibi arasındaki bulanık çizgi hızla geçilebilir⁷⁵”.

Kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için bir taraftan devletler ulusal düzenlemeler yaparken diğer taraftan uluslararası nitelikte bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan hukuk kuralları yapılmaktadır. Bunlardan *bağlayıcı nitelikte* ilk düzenleme AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR)'dür. Tüzük AB çapında, bireylerin dijital çağda kişisel bilgilerin ve gizliliklerinin korunmasına ilişkin temel haklarını güçlendirmeyi amaçlayan veri gizliliği düzenlemesidir. Tüzük, her ne kadar Avrupa'da yapılmışsa da etkisi AB'nin ötesine geçmiştir. Zira kuruluş yeri neresi olursa olsun AB vatandaşlarına ürün veya hizmet sunan tüm şirketler Tüzük'e uyması gerekir. Tüzük, veri sahiplerine verilere erişim hakkı, silme hakkı, verileri düzeltme hakkı, otomatik karar almaya tabi olmama hakkı vb. gibi belirli haklar tanımaktadır. Bu haklar sayesinde veri sahipleri, hem kişisel verileri ve hem de bu verilerin kuruluşlar tarafından nasıl kullanıldığı üzerinde daha fazla kontrole sahip olmaktadır⁷⁶.

Kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması ile ilgili diğer bir düzenleme ise AB Yapay Zekâ Yasası'dır. 14 Haziran 2023 tarihinde Avrupa

⁷⁴ Adrian Shahbaz and Allie Funk, 'The pandemic is fueling digital repression worldwide' (2020) <<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2020/pandemics-digital-shadow>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁷⁵ World Health Organization, 'Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing' (2020) <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁷⁶ Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü hakkında geniş bilgi için bakınız: İlke Gürsel, 'Protection of Personal Data in International Law and the General Aspects Of The Turkish Data Protection Law' (2016) Cilt 18 Sayı 1 DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 33-61.

Parlamentosu tarafından onaylanan düzenlemenin genel amacı “Birlik içinde güvenilir yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılması amacıyla tek pazarın uygun işleyişini sağlamak için gerekli koşulları oluşturmaktır. Düzenlemede, kullanıcıların temel hak ve güvenliklerinin olumsuz etkilenebileceği endişesini gidermek için risk temelli bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu nedenle yapay zekâ sistemleri, risk durumlarına göre sınıflandırılmaktadır⁷⁷.

Kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması ile ilgili diğer düzenlemeler ise genellikle *bağlayıcı nitelikte olmayan* (soft law) ve uluslararası kuruluşlar tarafından üyelerine tavsiye edilen rehber veya tavsiye niteliğindeki kurallardır⁷⁸. Mesela AB, yapay zekâ ve özellikle yüz tanıma teknolojisi sonucu elde edilen verilerin işlenmesi konusunda, hukuka aykırılıkları azaltmak amacıyla yüz tanıma ile ilgili bir kılavuz yayınlanmıştır⁷⁹. Buna göre yapay zekâ teknolojileri sayesinde alınan “video kaydı, görüntülerin daha sonra saklanması ve görüntülerin tanımlama ve eşleştirme amacıyla veri tabanı kayıtlarıyla karşılaştırılması gibi işlem ve fiiller, bu hakka yönelik müdahale veya sınırlama” teşkil edebilecektir. Bu sınırlama ve müdahalelerin hukuki olabilmesi için “yasal, adil ve şeffaf, belirli, üye devlet ve AB Hukukuna göre açık ve meşru bir amacı takip etmeli, minimizasyon, veri doğruluğu, depolama sınırlaması, veri güvenliği ve hesap verebilirlik gerekliliklerine uyulmalıdır⁸⁰”. Ayrıca bu uygulamalar “ayırımcılık yapmama” esasına göre yapılmalıdır⁸¹. Çünkü yüz tanıma teknolojisi ticaret ve gözetim (takip) gibi pek çok alanda kullanılabilir. Yapay zekâ teknolojilerine dayanan, online alışveriş ve teslimat, dijital ve temassız ödemeler, uzaktan çalışma, uzaktan eğitim gibi pek çok amaçlar için robotların kullanımının artmasıyla birlikte, toplumlar, dünya çapında tarihi başka bir aşamaya geçmiştir. Diğer bir ifade ile yapay zekâ hayatlarımızı ve bütün sektörleri etkilemekte ve değiştirmektedir⁸².

⁷⁷ EU AI Act (n 18) m.6/1-a ve b.

⁷⁸ Bu düzenlemelerin neredeyse tamamında kişisel verilerin ve özel hayatın korunması konusuna özel bir önem verilmiştir. Ancak bu rehber veya tavsiyelerin bağlayıcı nitelikte olmaması, yapay zekâ teknolojilerinde yaşanan bu hızlı gelişme karşısında işbu hakkı zayıflatmaktadır.

⁷⁹ EU European Parliamentary Research Service (EPRS), ‘Regulating facial recognition in the EU’ (2021) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA\(2021\)698021_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA(2021)698021_EN.pdf)> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023. Bütün bunlara rağmen dünyada yüz tanıma pazarının 2022’de 4,7 milyar ABD dolarından 2032’de 22,1 milyar ABD dolarına çıkması beklenmektedir. Bakınız: <<https://www.marketresearchfuture.com/reports/facial-recognition-market>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁸⁰ Regulating facial recognition in the EU (n 80) 10.

⁸¹ Regulating facial recognition in the EU (n 80) 17-20.

⁸² Roumate (n 2) 4.

Sonuç olarak yapay zekâ, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği ile ilgili bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan düzenlemeleri önemli ölçüde etkilemiştir. Verilerin işlenmesi, saklanması, yapay zekâ algoritmaları ile çeşitli şekillerde kullanılması, bu haklarla ilgili endişeleri artırmıştır. Yapay zekânın ve veri işleme- nin yararları ile kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hakları arasında hassas bir denge kurmak önemlidir. Bu denge ancak ulusal ve uluslararası düzenlemelerin birbirleriyle uyumlu şekilde yapılmasıyla mümkün olacaktır.

VI. YAPAY ZEKÂ İLE İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

Yapay zekâ teknolojileri, yatırımcı şirketler ile güvenlik kaygısı taşıyan veya güç arayışında olan devletlerin girişim ve katkıları sayesinde gelişmeye devam etmektedir⁸³. Bu gelişme karşısında başta insan haklarının korunması olmak üzere uluslararası kuralların değişimine olan ihtiyaç görülmektedir. Ancak uluslararası andlaşmaların değişimindeki zorluklar ve teamül kurallarının değişimi için şartların oluşması süreci sebebiyle, uluslararası bazı kuruluşlar, insan haklarının korunması için *soft law* niteliğinde tavsiye ve kurallar hazırlamışlardır. Bunlardan çoğu etik ilke ve kurallardan oluşmaktadır.

Yapay zekâ konusundaki etik ilke ve kurallar, uluslararası toplumun yapay zekânın doğurduğu veya doğuracağı insan hakları ihlallerine verdiği acil bir cevap niteliğindedir. Bu nedenle uluslararası toplumun yapay zekâ etiğini dikkate almaya her zamankinden daha fazla ihtiyacı vardır⁸⁴. Çünkü etik kuralların hazırlanması ve devletlerce benimsenmesi, şekli prosedürlere daha az bağlı olduğundan yapay zekâ alanındaki gelişmelere daha kolay uyum sağlayarak uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna katkıda bulunabilir. Ancak nihayetinde yapay zekâ konusu, uyulması zorunlu ve denetim mekanizmaları öngören evrensel hukuk kuralları tarafından düzenlenmelidir⁸⁵.

Aşağıda ele alınacağı üzere bazı uluslararası kuruluşlar tarafından yapay zekâ etiğine ilişkin çok sayıda tavsiye veya kararlar yayınlanmıştır⁸⁶. Ancak yapay zekânın uluslararası alanda ortaya çıkaracağı olumsuzlukların uluslararası kuruluşların hazırlamış olduğu etik kurallar yoluyla giderilmeye çalışılması eleştiri konusu

⁸³ Hatta ulusal güvenlik ve kâr konusunda çıkarları olan devletlerin ve çok uluslu şirketlerin, yapay zekâ tabanlı teknolojilerin düzenlenmesi ve geliştirilmesinde meşale taşıyıcıları olması muhtemeldir. Bu durum ilginç bir çelişki oluşturmaktadır. Hars (n 3) 330.

⁸⁴ Roumate (n 2) 5.

⁸⁵ Carillo (n 27) 15.

⁸⁶ Hars (n 3) 329.

olmaktadır. Şeffaflık, algoritmik önyargı ve gizlilik gibi çeşitli konularda insan-ma-kine etkileşiminde uygulanacak genel etik standartlar oluşturulmaya çalışılsa da bütün bu çalışmalar, geleneksel uluslararası hukuk oluşturma yol ve yöntemlerinin dışında gerçekleşmektedir. Hazırlanan bu standartlar geleneksel uluslararası hu-kuka adeta meydan okumaktadır. Uluslararası bağlayıcılığı olmayan ve hatta soft law anlamına bile gelmeyen bu standartlar, bir tür *süper esnek kurallardan* oluş-maktadır. Hukuki boşluktan dolayı ortaya çıkan bu standartlar, yapay zekâ ile ilgili olarak uygulamada yeknesaklık sağlamaya yardımcı olmaktadır⁸⁷.

Aşağıda uluslararası alanda etkisi genellikle kabul edilen belirli bazı ilke ve kurallar ele alınacaktır.

A. UNESCO Yapay Zekâda Etik Tavsiye Kararı

UNESCO, 24 Kasım 2021 tarihinde, yapay zekâ etiğine yönelik evrensel standart-lar belirlemek amacıyla bağlayıcı nitelikte olmayan *Yapay Zekâ Etiği Tavsiye Kararı*'nı kabul etmiştir⁸⁸. UNESCO tarafından hazırlanan karara göre "aşağıda yer alan değer ve ilkelere, öncelikle yapay zekâ sisteminin yaşam döngüsündeki tüm aktörler tarafından saygı gösterilmeli ve mevcut ve geliştirilecek yeni mevzuat değişiklikleri yoluyla teşvik edilmelidir. Bu değişiklikler, uluslararası hukukun yanında uluslararası insan hakları hu-kuku, ilkeleri ve standartlarına da uygun olmalı ve sosyal, politik, çevresel, eğitimsel, bilimsel ve ekonomik sürdürülebilirlik hedefleri ile uyumlu olmalıdır⁸⁹".

Karar, temel insan hakları arasında özellikle yaşama hakkı, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarının öneminin altını çizmekte ve üye devletlere çeşitli po-litika eylemleri önermektedir. "Değerler" başlığı altında insan onuru, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi, korunması ve geliştirilmesi dört paragrafta açıklanmaktadır. Bu kapsamda "Her insanın onuru, insan hakları ve temel

⁸⁷ Burri (n 4) 105-107.

⁸⁸ Bu amaçla dünyanın çeşitli bölgelerini temsil eden, farklı disiplinlerden 24 kişiden oluşan Ad Hoc Uzman Komisyonu oluşturulmuştur. Bu komisyon bir Taslak (First Draft) hazırlamıştır. UNESCO, 'First Draft Text for the Recommendation on Ethics of Artificial Intelligence' (2020) (UNESCO Ethics 2020), <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023; Komisyon 25 Haziran 2021 tarihinde kapsayıcı ve çok disiplinli istişareler ile bu Taslak'ı güncellemiştir. UNESCO 'Draft Text for the Recommendation on Ethics of Artificial In-telligence' (2021) (UNESCO Ethics 2021), <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377897>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023. Daha sonra bu Taslak 9 Kasım-24 Kasım 2021 tarihle-rinde gerçekleştirilen UNESCO 41. Genel Konferansı'nda (Sosyal ve Beşerî Bilimler Komisyonu) kabul edilmiştir. Bakınız: <<https://www.unesco.org.tr/Pages/1757/1336/41.-Genel-Konfe-rans-Kararlar%C4%B1>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

⁸⁹ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 9-12.

özgürlükler sisteminin temelini oluşturur ve yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüsü boyunca esastır. İnsan onuru, her bir insanın asli değerinin tanınmasıyla ilgilidir ve bu nedenle insan onuru, cinsiyete, toplumsal cinsiyete, dile, dine, siyasi veya diğer görüşlere, ulusal, etnik, yerel veya sosyal kökene, cinsel yönelime⁹⁰ ve cinsiyet kimliğine, mülkiyete, doğuma, engellilik, yaş veya diğer durumlara bağlı değildir⁹¹.”

Her insanın yaşam kalitesi, insan hakları veya insan onuru ihlal veya suiistimal edilmeden yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüsü boyunca iyileştirilmelidir. Bu süreçte çocuklar, yaşlılar, engelli kişiler veya hastalar gibi savunmasız kişilere yardım edilmelidir. Yapay zekâ sistemleriyle etkileşimleri sırasında, kişiler asla nesneleştirilmemeli ve onurları zedelenmemeli, insan hakları ve temel özgürlükleri ihlal veya suiistimal edilmemeli, saygı duyulmalı, korunmalı ve desteklenmelidir. Hükümetler, özel sektör, sivil toplum, uluslararası kuruluşlar, teknik topluluklar ve akademi, yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüsünü çevreleyen süreçlere yapacakları müdahalelerde mevcut insan hakları düzenlemelerine saygı göstermelidir. (Ancak) yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı, insan hakları ihlallerinden korunmak için yeni hukuksal düzenlemelere ihtiyaç vardır⁹².

Karar, “Değerler” başlığı altında “insan onuruna, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi, korunması ve geliştirilmesi” değerinin yanında yapay zekânın olumsuz etkileyebileceği üç değeri içermektedir: Çevre ve ekosistemin gelişmesi, çeşitlilik ve kapsayıcılığın sağlanması, uyum ve barış içinde yaşamak⁹³. Bu değerler şu on (10) ilkeyle bağlantılıdır: Orantılılık ve zarar vermeme, güven (safety) ve güvenlik (security), adalet ve ayrımcılık yapmama, sürdürülebilirlik, mahremiyet, insan (tarafından) gözetim ve karar vericilik, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sorumluluk ve hesap verebilirlik, farkındalık ve okuryazarlık, çok paydaşlı ve uyarlanabilir yönetim ve işbirliği⁹⁴.

Bu ilkelerin hepsi temel insan hakları açısından önemli olmakla birlikte özellikle adalet ve ayrımcılık yapmama, mahremiyet, insan (tarafından) gözetim ve karar vericilik ilkeleri, diğerlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedir.

⁹⁰ UNESCO ve diğer bazı uluslararası kuruluşların cinsiyet yönelimine ilişkin bu tavsiyesine katılmak asla mümkün değildir. İnsanların yaratılıştan gelen özelliklerini göz ardı ederek toplumun temel değerlerini ve özellikle aile yapısını tehdit eden bu yaklaşım şiddetle reddedilmelidir.

⁹¹ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 13.

⁹² UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 14-16.

⁹³ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 17-24.

⁹⁴ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 25-47.

Tavsiye Kararı, “adalet ve ayrımcılık yapmama” ilkesi kapsamında yapay zekâ aktörlerinin, uluslararası hukuka uygun olarak sosyal adaleti sağlamasını ve her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını öngörmektedir. Bu bağlamda, farklı yaş ve dil gruplarının, kültürel sistemlerin, engelli kişilerin, kız çocuklarının, kadınların, dezavantajlı ve dışlanmış kişilerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca Karar’da algoritmik önyargılara dikkat çekilmekte ve bilgiye erişimde ülkeler arası farklılıkların giderilmesi önerilmektedir⁹⁵.

Karar’da “mahremiyet ve verilerin korunması” ilkesine göre “insan onurunun, insan özerkliğinin ve insan faaliyetinin korunması için temel bir hak olan mahremiyete yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüsü boyunca saygı duyulmalı, korunmalı ve teşvik edilmelidir. Yapay zekâ sistemlerine ilişkin verilerin, ilgili ulusal, bölgesel ve uluslararası yasal çerçevelere saygı gösterilerek, uluslararası hukuka uygun ve bu Tavsiye Kararında ortaya konulan değer ve ilkeler doğrultusunda toplanması, kullanılması, paylaşılması, arşivlenmesi ve silinmesi önemlidir⁹⁶.

Karar, “insan tarafından gözetim ve karar vericilik” ilkesi ile ilgili olarak üye devletlere bazı yükümlülükler öngörmektedir. Buna göre “üye devletler, yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüsünün herhangi bir aşamasına ilişkin etik ve yasal sorumluluğun yanı sıra, yapay zekâ sistemleriyle ilgili çözüm durumlarında, gerçek kişilere veya mevcut tüzel kişilere atfedilmesinin her zaman mümkün olmasını sağlamalıdır. Dolayısıyla insan gözetimi yalnızca bireysel insan gözetimine değil aynı zamanda uygun olduğu şekilde kapsayıcı kamu gözetimine de atıfta bulunmaktadır⁹⁷. Karar böylece yapay zekâ ile ilgili olarak devletlere, gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için yasal düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir. Karar’ın 36.maddesine göre bir yapay zekâ sistemi asla nihai insan sorumluluğunun ve hesap verebilirliğinin yerini alamaz. Kural olarak ölüm kalım kararları yapay zekâ sistemlerine bırakılmamalıdır⁹⁸.

Karar, bu değer ve ilkeleri işlevsel hale getirmek için, yapay zekânın insan hakları üzerindeki etkilerini belirlemek açısından önemli olan onbir alanda politika eylemlerini belirlemiş ve önerilerde bulunmuştur. Bu onbir alan şunlardır: Etik etki değerlendirmesi, etik yönetim, veri politikası, kalkınma ve uluslararası işbirliği, çevre ve ekosistemler, cinsiyet, kültür, eğitim ve araştırma, iletişim ve bilgi, ekonomi ve istihdam, sağlık ve sosyal refah.

⁹⁵ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 28-30.

⁹⁶ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 32.

⁹⁷ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 35.

⁹⁸ UNESCO Ethics 2021 (n 89) para 36.

Görüldüğü oldukça kapsamlı bir şekilde hazırlanan *UNESCO Yapay Zekâ Etiği Tavsiye Kararı*, başta yaşama hakkı, ifade özgürlüğü ve mahremiyet olmak üzere temel insan haklarının yapay zekâ teknolojileri karşısında korunmasını hedeflemiştir. Bu kapsamda temel ilke ve kurallara yer vermiş, öngörülen riskler karşısında devletlere, somut düzenlemeler yapma koşununda yükümlülükler öngörmüştür. Karar, her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da yapay zekâ ile ilgili kapsamlı bir uluslararası belge niteliğine sahiptir.

B. OECD Yapay Zekâ İlkeleri

Yapay zekânın uluslararası insan hakları hukuku açısından önemi, bazı bölgesel kuruluşları da bu konu üzerinde standartlaşmaya yönelik çalışmalara yöneltmiştir. Bunlardan birisi de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development-OECD)'nün hazırlamış olduğu belgedir. OECD 22 Mayıs 2019'da yapay zekâyâ ilişkin bağlayıcı nitelikte olmayan bir tavsiye kararı kabul etmiştir⁹⁹. Kararda uluslararası insan hakları hukukuna dayanan *değer temelli* beş ilke yer almıştır: Kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve refah, insan merkezli değerler ve adalet, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sağlamlık, güven ve güvenlik, hesap verebilirlik¹⁰⁰.

Karar, değere dayalı ilkelerle tutarlı olarak, yapay zekâ alanındaki kişilere yönelik beş tavsiye sunmaktadır: 1-Yapay zekâ araştırma ve geliştirme çalışmalarına yatırım yapılması, 2-Yapay zekâ için dijital bir ekosistemin teşvik edilmesi, 3-Yapay zekâ için imkan sağlayan bir politika ortamının şekillendirilmesi, 4-İnsan kapasitesinin geliştirilmesi ve işgücü piyasası dönüşümüne hazırlanması, 5-Güvenilir yapay zekâ için uluslararası işbirliği¹⁰¹.

OECD, bu Karar ile kalkınmanın güvenilir ve sorumlu doğasına duyulan ihtiyacı vurgulayarak yapay zekâ konusunda devletlerin iç politikalarını uyumlu hale getirmesi fikrini desteklemektedir. Ancak bu Karar, farklı değerleri aynı ilke içinde ifade etmesi yüzünden karmaşık olması ve değerler arasında amaç-araç

⁹⁹ OECD, 'Recommendation of the Council on Artificial Intelligence OECD/LEGAL/0449' (OECD AI Recommendation) (2019) <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

¹⁰⁰ OECD AI Recommendation (n 100) para 1.1-1.5.

¹⁰¹ OECD, AI Recommendation (n 100) para 2.1-2.5, OECD, tavsiyelere ek olarak, güvenilir yapay zekâ sistemlerinin toplum yararına sorumlu bir şekilde geliştirilmesini teşvik etmek ve izlemek ve yardıma ihtiyaç duyan ülkelere rehberlik etmek amacıyla *Yapay Zekâ Politika Gözlemevi* (AI Policy Observatory)'ni de hayata geçirmiştir. Bakınız: <<https://oecd.ai/en/>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

ilişkisinin yeterince ortaya konamaması sebepleriyle eleştirilmiştir. Örneğin, refahı sağlamanın yolu olan kapsayıcı büyümeye ve sürdürülebilir kalkınmaya öncelik verildiği, hâlbuki ilk değer olan kapsayıcı büyüme ve sürdürülebilir kalkınma bir amaç değil, refahı sağlamanın bir aracı olduğu belirtilmiştir. Yine Karar'da, yapay zekâda güvenilirliğin artırılması, kamu ve özel ortaklığın güçlendirilmesi gibi konular ele alınırken, yapay zekâ sistemlerinden etkilenen çeşitli alanlara yer verilmediği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle Karar, kapsayıcı ilkelerin oluşturulabileceği, üyelerin işbirliği yapabileceği, bilgi ve iyi uygulamaların paylaşılacağı bir forum sağlamanın ötesine geçmediği şeklinde eleştirilmiştir¹⁰². Bu eleştiriler kısmen haklı olmakla birlikte OECD sektörel bazı ekonomik ve kalkınma örgütüdür. Bu nedenle genel nitelikli ve kapsayıcı etik ilkeler beklemek isabetli bir yaklaşım değildir. Örgütün kuruluş amacına hizmet eden etik ilkeler kararı yeterlidir.

C. AB Yapay Zekâ İçin Etik İlkeler Rehberi

Hızla gelişen yapay zekâ konusunda, bütün dünyada olduğu gibi AB üyesi ülkeler açısından da düzenleme ihtiyacı görülmüş ve 8 Nisan 2019 tarihinde, Avrupa Konseyi tarafından *Güvenilir Yapay Zekâ için Etik İlkeler Rehberi* (Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence) kabul edilmiştir¹⁰³. Avrupa değerleri ile hazırlanan ve Avrupa etik ve yasal çerçevesi tarafından güvence altına alınan bu düzenlemenin amacı, Avrupa ülkelerini, sosyoekonomik değişiklikler de dahil olmak üzere yapay zekânın somut ve soyut etkilerine hazırlamaktır. Çünkü AB, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 2. maddesine göre "Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır" Yine 3. maddesinde "AB'nin amacının barışı, kendi değerlerini ve halklarının refahını ileriye götürmek" olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla AB'nin yapay zekâ konusunda etik ilkeler hazırlaması ve yürürlüğe koyması aslında AB mevzuatının yetkili organlara yüklediği bir görevdir.

Yönerge, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü standartlarına dayanan, güvenilir yapay zekânın tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanmasına yönelik

¹⁰² Hars (n 3) 329-330; Roumate (n 2) 5-6.

¹⁰³ EU European Commission High-Level Expert Group on AI 'Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence' (EU Ethics Guidelines for AI) (8 April 2019) <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

yasal bir çerçeve çizmektedir. Yönergede temel haklar ile etik ilkeler arasındaki bağlantıya dikkat çekilerek, temel hakların güvenilir bir yapay zekânın esasını oluşturduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda insan onuruna saygı, kişilerin özgürlüğü, demokrasi, adalet ve hukukun üstünlüğü, eşitlik, ayrımcılık yapmama ve dayanışma ve vatandaşların haklarının yapay zekâ bakımından önemi ifade edilmiş ve dört temel ilke kabul edilmiştir. Bunlar, “insanın özerkliğine saygı, zararın önlenmesi, adillik ve açıklanabilirlik” ilkeleridir¹⁰⁴.

Yönerge’de *insanın özerkliği ilkesi* konusunda “AB’nin üzerine kurulduğu temel hakların, insanların özgürlüğüne ve özerkliğine saygının sağlanmasına dayandığı” ifade edilmiştir. Bu kapsamda “Yapay zekâ sistemleriyle etkileşime giren insanlar, kendi başlarına tam ve etkili bir şekilde kendi kaderini tayin edebilmeli ve demokratik sürece katılabilenlidir. Yapay zekâ sistemleri, insanları haksız yere ikincilleştirmemeli, zorlamamalı, aldatmamalı, manipüle etmemeli, şartlandırmamalı veya sürü haline getirmemelidir. Bunun yerine, insanın bilişsel, sosyal ve kültürel becerilerini artırmak, tamamlamak ve güçlendirmek için tasarlanmalıdır. İnsanlar ve yapay zekâ sistemleri arasındaki işlevlerin tahsisi, insan merkezli tasarım ilkelerini takip etmeli ve insanın tercihine anlamlı fırsatlar bırakmalıdır. Yapay zekâ sistemlerindeki iş süreçleri üzerinde insan gözetimi güvence altına alınmalı ve çalışma ortamındaki insanlar desteklenmelidir¹⁰⁵.

“Yapay zekâ sistemleri *insanlara zarar vermemeli*, zararları artırmamalı veya başka şekilde olumsuz etkilememelidir. Bu, zihinsel ve fiziksel bütünlüğün yanı sıra insan onurunun da korunmasını gerektirir. Yapay zekâ sistemleri ve bunların faaliyet gösterdiği ortamlar güvenli olmalıdır. Teknik açıdan sağlam olmalı, kötü niyetli kullanıma açık olmamalı, savunmasız kişilere daha fazla dikkat gösterilmelidir. İşverenler ile çalışanlar, işletmeler ile tüketiciler veya hükümetler ile vatandaşlar arasında olduğu gibi, yapay zekâ sistemlerinin güç veya bilgi asimetri-leri nedeniyle olumsuz etkilere neden olabileceği veya bunları artırabileceği durumlara da özellikle dikkat edilmelidir. Zararın önlenmesi aynı zamanda doğal çevrenin ve tüm canlıların dikkate alınmasını da gerektirmektedir¹⁰⁶”.

Yönerge’ye göre “yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi, konuşlandırılması ve kullanımı *adil olmalıdır*”. Adalet hem maddi hem de usuli boyutu ile sağlanmalıdır. Maddi boyutu ile adalet, fayda ve maliyetlerin eşit ve adil dağıtılması, kişi ve

¹⁰⁴ EU Ethics Guidelines for AI (n 104) 9-12.

¹⁰⁵ EU Ethics Guidelines for AI (n 104) 12.

¹⁰⁶ EU Ethics Guidelines for AI (n 104) 12.

grupların haksız önyargı, ayrımcılık ve damgalamalardan uzak kalması demektir. Eğitime, mallara, hizmetlere ve teknolojiye erişim açısından fırsat eşitliği de teşvik edilmelidir. Dahası, yapay zekâ sistemlerinin kullanımı hiçbir zaman insanların aldatılmasına veya tercihlerinin haksız yere kısıtlanmasına yol açmamalıdır. Ayrıca adalet, yapay zekâ uygulayıcılarının araç ve amaç arasındaki orantılılık ilkesine saygı duyması ve çatışan çıkarlar ile hedefleri nasıl dengeleyeceklerini dikkatli bir şekilde düşünmesi gerektiğini ifade eder. Adaletin usuli boyutu ise, yapay zekâ sistemleri tarafından alınan kararlara karşı hak arama ve etkili telafi yollarını ifade eder. Bunu yapabilmek için, karardan sorumlu olan kuruluşun tanımlanabilir olması ve karar verme süreçlerinin açıklanabilir olması gerekir¹⁰⁷.

Yönerge'ye göre "açıklanabilirlik, kullanıcıların yapay zekâ sistemlerine olan güvenini oluşturmak ve sürdürmek için çok önemlidir. Bu, süreçlerin şeffaf olması, yapay zekâ sistemlerinin yeteneklerinin ve amacının açıkça ifade edilmesi ve kararların mümkün olduğu ölçüde doğrudan ve dolaylı olarak etkilenenlere açıklanabilir olması gerektiği anlamına gelir. Bu tür bilgiler olmadan, bir karara usulüne uygun olarak itiraz edilemez. ... Sistemin bir bütün olarak temel haklara saygı duyması koşuluyla, açıklanabilirliğin diğer önlemleri olan izlenebilirlik, denetlenebilirlik ve sistem yeteneklerine ilişkin şeffaf iletişim gerekli olabilir¹⁰⁸".

Görüldüğü gibi AB Yapay zekâ etik yönergesi, yapay zekâ teknolojisi alanındaki olumsuzluklardan korumak için kapsamlı bir içerik oluşturmuştur. Güvenilir bir yapay zekâ için başta AB değerleri olmak üzere insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü standartlarına dayanan, insanın özerkliğine saygı, zararın önlenmesi, adillik ve açıklanabilirlik ilkeleri öngörülmüştür. Bu kapsamda yapay zekâ uygulamalarında insan onuru esas alınmış ve etkili hak arama ve denetim mekanizmalarının önemi dile getirilmiştir.

D. AB Yapay Zekâ Yasası

AB Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanan 14 Haziran 2023 tarihinde (değiştirilerek) onaylanan *Yapay Zekâ Yasası* (Artificial Intelligence Act - EU AI Act)¹⁰⁹ yapay zekâ uygulamalarını risk seviyelerine göre sınıflandırmaktadır. Buna göre *minimum riskli* yapay zekâ uygulamaları, yasal kısıtlamalardan muaf tutulacaktır. *Sınırlı riskli* yapay zekâ uygulamaları, şeffaflık yükümlülüklerine uymak

¹⁰⁷ EU Ethics Guidelines for AI (n 104) 12-13.

¹⁰⁸ EU Ethics Guidelines for AI (n 104) 13.

¹⁰⁹ EU AI Act (n 18).

zorundadır¹¹⁰. *Yüksek riskli* yapay zekâ uygulamaları ise katı bir denetime tâbi olacaktır¹¹¹. “Bir kişinin davranışını, o kişiye veya başka bir kişiye fiziksel veya psikolojik zarar verecek veya verebilecek şekilde maddi olarak çarpıtmak amacıyla, kişinin bilincinin ötesinde bilinçaltı teknikler uygulayan bir yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması veya kullanılması” gibi bazı yapay zekâ uygulamaları ise tamamen yasaklanmaktadır¹¹².

Yasa ile yapay zekâ uygulamaları için temel haklar ve çevresel etki analizi zorunluluğu getirilmiştir. Gerçek kişilerin biyometrik tanımlanması ve sınıflandırılması, önemli altyapı yönetimi ve işletilmesi, eğitim ve mesleki eğitim, istihdam, işçi yönetimi ve serbest mesleğe erişim, temel özel hizmetlere ve kamu hizmetlerine ve avantajlarına erişim ve bunlardan yararlanma, hukukun uygulanması, göç, iltica ve sınır kontrol yönetimi, adaletin ve demokratik süreçlerin yönetimi konuları *yüksek risk* kategorisine alınmıştır. Bazı yapay zekâ uygulamaları için, özellikle sohbet robotları veya deep fake uygulamaları için minimum şeffaflık yükümlülükleri öngörülmüştür¹¹³.

Görüldüğü gibi bu Yasa AB üyesi ülkeler bakımından yapay zekânın getirdiği temel olumsuzluk ve ihlallerden kişileri ve toplumu korumayı amaçlamaktadır. Yasa ile, temel haklar ile çevresel etki bağlamında yapay zekâ uygulamaları, risk durumuna göre sınıflandırılmakta ve bazı uygulamalar tamamen yasaklanmaktadır. Birlik üyesi devletlerin mevzuatını etkilemesi bakımından bu Yasa'nın örnek bir değeri vardır. Bundan sonra yapılacak olan bütün uluslararası hukuk düzenlemelerinde referans alınması veya yararlanılması muhtemel görülmektedir.

E. Diğer Belgeler

Yapay zekâ ile uluslararası belgeler sadece yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Bunun dışında diğer evrensel ve bölgesel kuruluşların da insan merkezli bir yapay zekâ yaklaşımına dayalı hazırlıkları bulunmaktadır. Örneğin, Haziran 2019'da Ticaret ve Ekonomi Bakanları tarafından, *G20 Yapay Zekâ İlkeleri* kabul edilmiştir¹¹⁴. OECD'nin Tavsiye Kararından alınan bu ilkelerde amaç, yapay zekâ çağında insan

¹¹⁰ EU AI Act (n 18) m.6/1-a ve b.

¹¹¹ EU AI Act (n 18) m.6/2, 16-29.

¹¹² EU AI Act (n 18) m.5.

¹¹³ EU AI Act (n 18) ve Annex.

¹¹⁴ Group of 20, 'AI Principles' (G20 AI Principles) (2019) <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex_08.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

hakları ve demokrasiyi garanti altına almanın tek yolu olan insan merkezli bir yapay zekâ yaklaşımı benimsemektir. Bu ilkelere göre yapay zekânın temeli, insan hakları, demokrasi ve sürdürülebilir kalkınmanın temel taşı olan güvenilirliktir ve tüm paydaşların katkısına ihtiyaç vardır. İlkelerde belirtildiği gibi, “Yapay zekâ aktörleri, yapay zekâ sisteminin yaşam döngüsü boyunca hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve demokratik değerlere saygı göstermelidir. Bunlar arasında özgürlük, onur ve özerklik, mahremiyet ve verilerin korunması, ayrımcılık yapmama ve eşitlik, çeşitlilik, adalet, sosyal adalet ve uluslararası kabul görmüş çalışma hakları yer almaktadır¹¹⁵”. Bu belge G20 ülkelerine aynı zamanda bir eylem çağırısı niteliğindedir ve tüm paydaşların katılımını gerektiren tavsiyeler içermektedir. Belgede, devletlerin benimseyebileceği çözüm ve politika eylemlerine yer verilmiş ve bu alanda uluslararası işbirliğinin önemini altı çizilmiştir.

Yapay zekâ etiğine ilişkin bir diğer belge de G7 ülkeleri tarafından Haziran 2018’de kabul ve ilan edilen *Yapay Zekânın Geleceğine İlişkin Ortak Vizyon Deklarasyonu*’dur. On iki taahhüdün yer aldığı Deklarasyon’da “ekonomik büyümeyi, toplumsal güveni, cinsiyet eşitliğini ve katılımı teşvik eden yapay zekânın, yeniliği teşvik eden öngörülebilir ve istikrarlı bir politika ortamına bağlı olduğu” kabul edilmektedir. Belgede üye devletlere etik ve teknolojik açıdan tarafsız yaklaşım temelinde çeşitli eylemler önerilmektedir¹¹⁶.

Yapay zekâ etiğine ilişkin bir diğer belge de Afrika Birliği’nin 26 Ekim 2019’da kabul ve ilan ettiği *Afrika Birliği Dijital Dönüşüm Strateji Belgesi*’dir¹¹⁷. Bu belge, uluslararası toplumun, yapay zekânın dayattığı zorluklarla yüzleşmek için kuralların ve stratejik eylemlerin geliştirilmesi ve yapay zekâ çağında uluslararası hukukun revize edilmesinin ve yapay zekâda etiğin önemini vurgulamaktadır. Belge ile ayrıca Afrika Birliği Siber Güvenlik ve Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’nin onaylanmasının hızlandırılması, yapay zekâ konusunda çalışma yapmak üzere çalışma grubu oluşturulması, ortak bir Afrika duruşunun sağlanması, Afrika çapında kapasite geliştirme çerçevesinin güçlendirilmesi de tavsiye edilmiştir.

¹¹⁵ G20 AI Principles (n 115) para 1.2.

¹¹⁶ G7, ‘Charlevoix Common Vision for the Future of Artificial Intelligence’ (2018) <https://www.international.gc.ca/world-monde/assets/pdfs/international_relations-relations_internationales/g7/2018-06-09-artificial-intelligence-artificielle-en.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

¹¹⁷ African Union, ‘African Digital Transformation Strategy, and African Union Communication and Advocacy Strategy among Major AU Initiatives in the Final Declaration of STCCICT3’ (2019) <https://au.int/sites/default/files/pressreleases/37592-pr-stc_pr-1-5.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

SONUÇ

Yapay zekâ alanındaki gelişmeler, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarını derinden etkileme potansiyeline sahiptir. Yapay zekâ ürünü bazı araç, silah ve akıllı cihaz uygulamaları önemli bazı temel insan hakları ile ilgili tartışmaları yeniden gündeme getirmiştir. Bu kapsamda özellikle otonom silah ve araçlar, içerik kişiselleştirme ve filtre baloncuğu uygulamaları ile güvenlik, sağlık, iş, online alışveriş gibi amaçlarla kullanılan yüz tanıma dahil çeşitli uygulamalar yaşama hakkını, ifade özgürlüğünü ve kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği gibi temel insan haklarını derinden etkilemektedir.

Uluslararası hukuk kurallarının temel amacı insan hakları, güvenlik ve barışın korunması ve geliştirilmesidir. Bu nedenle uluslararası hukuk kuralları ve yapay zekâ değişmez nitelikte ve mutlak değildir. Bu aşamada önemli olan, kurallar ile bilgi ve teknolojinin nasıl ve ne şekilde kullanıldığıdır. Uluslararası hukuk, anlaşmaların veya devletlerin sübjektif değerlendirmelerinin kuklası olmamalıdır. Yapay zekâ ile ilgili gelişmeler, yapay zekânın uluslararası hukuk bağlamında kullanılması gerektiğini göstermektedir. Yapay zekânın uluslararası toplum yararına kullanılabilmesi için de objektif ve adil uluslararası kurallara ihtiyaç vardır. Yapay zekâ teknolojileri ile artık uluslararası toplum, yeni güç şekilleri, yeni araç ve silahlar, yeni kölelik biçimleri, yeni sömürgecilik ve yeni nesil insan haklarıyla karakterize edilen yeni bir dünya düzenine geçmektedir. Bu düzende uluslararası insan hakları hukukunu ve uluslararası insancıl hukuku yeniden düşünmek, yapay zekâdan kaynaklanan riskleri azaltmak ve barışta ve savaşta insan haklarını korumak ihtiyaçtan ziyade bir zorunluluk haline gelmiştir.

Ancak uluslararası hukuk kurallarının yapılış ve yürürlüğe girişinin uzun zaman gerektirmesi sebebiyle, uluslararası hukuk yapay zekânın hızına ayak uyduramamaktadır. Bu noktada oluşan hukuki boşluk, bazı uluslararası kuruluşların yapay zekâ ile ilgili hazırlamış olduğu bağlayıcı olmayan etik tavsiye ve standartlarla doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak yapay zekâ konusu soft law kurallara bırakılamayacak kadar önemlidir. Bu nedenle özellikle BM bünyesinde yapay zekâ etiğini de kapsayan çok taraflı bir sözleşme yapılmasına ve uluslararası ikili ve çok taraflı işbirliğini geliştirmek için yeni uluslararası ve ulusal mekanizmaların oluşturulmasına ihtiyaç gözükmektedir.

Son olarak yapay zekâ ile ilgili ister yapılacak düzenlemelerde ister verilecek yargı kararlarında şimdiye kadar oluşan uluslararası içtihat ve uygulamalardan da yararlanmalıdır. Özellikle otonom silah ve araçlarda insan kontrolü, kişilik ve sorumluluk konuları, yapay zekâ alanındaki gelişmelere cevap verecek şekilde yeniden ele alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abhivardhan, 'The Wider Realm to Artificial Intelligence in International Law' (2018) <<https://ssrn.com/abstract=3172280>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- African Union, 'African Digital Transformation Strategy, and African Union Communication and Advocacy Strategy among Major AU Initiatives in the Final Declaration of STCCICT3' (2019) <<https://au.int/sites/default/files/pressreleases/37592-pr-stc-pr-1-5.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Alzoghbi A M, 'Artificial Intelligence and its Impact on the Rules of Public International Law' (2021) V14 2021/3 MJLE 210-270 <https://mjle.journals.ekb.eg/article_217245_7da5a4ed128c87f5bf73467503276b9a.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Anderson K and Waxman M, 'Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can' (2013) Stanford University, The Hoover Institution Jean Perkins Task Force On National Security and Law Essay Series 1-32 <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1803> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Bayram M H, Avrupa Birliği Hukuku Dersleri (6.Baskı Seçkin 2021).
- Brundage M and Others, 'The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation' (2018) 1-101 <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1802/1802.07228.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Burri T, 'International Law and Artificial Intelligence' (2017) vol 60 German Yearbook of International Law 91-108 <<https://ssrn.com/abstract=3060191> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3060191>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Calderaro A and Blumfelde S, 'Artificial Intelligence And EU Security: The False Promise of Digital Sovereignty' (2022) Volume 31 Issue 3 European Security 415-434.
- Carillo M R, 'Artificial intelligence: From ethics to law' (2020) 44 101937 Telecommunications Policy 1-16. <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S030859612030029X>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Chesterman S, 'Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personalities' (2020) Volume 69 Issue 4 International and Comparative Law Quarterly 819-844 <<https://doi.org/10.1017/S0020589320000366>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Davison N, 'A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law, Perspectives on Lethal Autonomous weapon systems' (2016) No 30 Legal Division International Committee of the Red Cross UNODA Occasional Papers 5-18 <<https://www.icrc.org/en/document/autonomous-weapon-systems-under-international-humanitarian-law>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Eltimur D Y, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları' (2022) Y Aralık 2022 C 12 S 2 AkdHFD 559-594.

- EU Artificial Intelligence Act (EU AI Act), P9_TA(2023)0236 (14 June 2023) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- EU European Commission High-Level Expert Group on AI, 'Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence' (EU Ethics Guidelines for AI) (8 April 2019) <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- EU European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 'A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines' (EU definition of AI) (8 April 2019) <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- EU European Commission, 'Proposal for a "Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts' (2021) (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- EU European Parliament, 'Artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law' P9_TA(2021)0009, (2020/2013(INI)) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_EN.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- EU European Parliamentary Research Service (EPRS), 'Regulating facial recognition in the EU' (2021) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA\(2021\)698021_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA(2021)698021_EN.pdf)> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- G7, 'Charlevoix Common Vision for the Future of Artificial Intelligence' (2018) <https://www.international.gc.ca/world-monde/assets/pdfs/international_relations-relations_internationales/g7/2018-06-09-artificial-intelligence-artificielle-en.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Glennon M J, 'The Dark Future of International Cybersecurity Regulation' (2013) 6(2) Journal of National Security Law and Policy 563-570.
- Group of 20, 'AI Principles' (G20 AI Principles) (2019) <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex_08.pdf> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Gürsel İ, 'Protection of Personal Data in International Law and the General Aspects Of The Turkish Data Protection Law' (2016) Cilt 18 Sayı 1 DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 33-61.
- Hars A, 'AI and international law - Legal personality and avenues for regulation' (2021) 62 (2021) 4 Hungarian Journal of Legal Studies 320-344.
- Human Rights Watch, 'Losing Humanity: The Case Against Killer Robots' (19 November 2012) <<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

- Kaye D, 'Report of the Special Rapporteur on the Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' (2018) A/73/348 United Nations General Assembly <<https://digitallibrary.un.org/record/1643488>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Kılıçaslan S K, 'Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar' (2019) Yıl 4 Sayı 2019/2 YBHD 363-389.
- Kolarevic E, 'The Influence of Artificial Intelligence on the Right to Freedom of Expression Review Article' (2022) 39 Law - Theory and Practice 111-126.
- Leys N, 'Autonomous weapon systems, and international crises' (2018) 12 (1) Strategic Studies Quarterly 48-73.
- LoPucki L M, 'Algorithmic Entities' (2017) 95:4 Washington University Law Review 887-953 <https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol95/iss4/7/> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Maas M M, 'International Law Does not Compute Artificial Intelligence And The Development, Displacement or Destruction of the Global Legal Order' (2019) 3 V 20 (1) Melbourne Journal of International Law (MelbJlIntLaw) 29-58 <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2019/3.html>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Martinez R, 'Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions' (2019) 19 Nev. L.J. 1015-1042.
- Mindiz E, 'Peculium Kurumunun Yapay Zekâya Sahip Robotların Hukukî Statülerinin Tespitinde Model Olarak Kullanılması' (2022) 71 (3) AÜHFD, 937-970.
- Nagar R, 'The Impact of AI on Privacy and Data Protection Laws' (2023) <<https://www.linkedin.com/pulse/impact-ai-privacy-data-protection-laws-ronak-nagar>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- OECD, 'Recommendation of the Council on Artificial Intelligence OECD/LEGAL/0449' (OECD AI Recommendation) (2019) <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Peschke, Z S G ve Peschke, L, 'Artificial Intelligence and The New Challenges for EU Legislation' Yıl: 7 2022/2 YBHD 1267-1292.
- Picker C B, 'A View from 40,000 Feet: International Law and the Invisible Hand of Technology' (2001) 23(1) Cardozo Law Review, 149-219.
- Roumate F, 'Artificial Intelligence, Ethics and International Human Rights Law' (2021) Vol 29 03/2021 International Review of Information Ethics (IRIE) 1-10 <<https://doi.org/10.29173/irie422>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Shahbaz A and Funk A, 'The pandemic is fueling digital repression worldwide' (2020) <<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2020/pandemics-digital-shadow>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.
- Singil N, 'Yapay Zekâ ve İnsan Hakları' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin (PPIL) 121-158 <<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.970856>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

Surden H, 'Artificial Intelligence and Law: An Overview' (2019) Vol 35:4 Georgia State University Law Review 1306-1337 <<https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

UNESCO, 'Draft Text for the Recommendation on Ethics of Artificial Intelligence' (2021) (UNESCO Ethics 2021) <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377897> ve <<https://www.unesco.org/Pages/1757/1336/41.-Genel-Konferans-Kararlar%C4%B1>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

UNESCO, 'First Draft Text for the Recommendation on Ethics of Artificial Intelligence' (2020) (UNESCO Ethics 2020) <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

UNESCO, 'Protecting Freedom of Expression during the COVID-19 crisis: UNESCO issues Guidelines for Judicial Operators' (15 September 2020) <<https://www.unesco.org/en/articles/protecting-freedom-expression-during-covid-19-crisis-unesco-issues-guidelines-judicial-operators>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

United Nations Office of Counter-Terrorism 'Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence' (2021) 1-49 <<https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

Wells-Edwards, B, 'What's in a Voice? The Legal Implications of Voice Cloning Notes', Vol 64 Arizona Law Review 1213-1239 <<https://arizonalawreview.org/pdf/64-4/64arizrev1213.pdf>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

World Health Organization, 'Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing' (2020) <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

İnternet Kaynakları

Facial recognition market, <<https://www.marketresearchfuture.com/reports/facial-recognition-market>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

International Data Corporation, 'Worldwide Spending on AI-Centric Systems' (2022) <<https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS49670322>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

Uluslararası Savaş Ganimetleri Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Sözleşme için: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-xii-1907>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

UNESCO 41. Genel Konferans Kararları için <<https://www.unesco.org/tr/Pages/1757/1336/41.-Genel-Konferans-Kararlar%C4%B1>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

Yapay Zekâ Politika Gözlemevi için <<https://oecd.ai/en/>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2023.

Legal Pluralism Theories and Their Position in Islamic Law^(*)

Vebi LEVNI^(**)

Doç. Dr. Seydi ÇELİK^(***)

Abstract

The concept of “legal pluralism”, which emerged as a practice during the Imperial periods in the past, is being widely debated as a critical notion in our current postmodern era. Legal pluralism contradicts the centralized view of law. Therefore, the phenomenon of legal pluralism has been at the center of legal debates in democratic societies due to its undeniable relationship with the concept of democracy. In this article, we will delve deep into the concept of legal pluralism and attempt to trace its evolution throughout history. Additionally, we will refer to in-depth discussions among scholars regarding the position of legal pluralism in Islamic law and the ideas surrounding Islamic jurisprudence.

Keywords

Legal History, Legal Pluralism, Historical Development of Legal Pluralism, Islamic Law, Legal Pluralism in Islam.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.10.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2023.

Atıf Şekli: Vebi Levni ve Seydi Çelik, ‘Legal Pluralism Theories and Their Position in Islamic Law’ (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1315, 1352.

DOI: 10.52273/sduhd..1380859.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Kocaeli, Türkiye.

E-posta: levnivebi@gmail.com.

Orcid: http://orcid.org/0000-0002-6815-6410.

(***) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye.

E-posta: seydi.celik@kocaeli.edu.tr.

Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1224-9877.



Hukuki oğulculuk Teorileri ve İslam Hukukundaki Yeri

Öz

Geçmiş zamanlarda İmparatorluk dönemlerinin bir uygulaması olarak ortaya çıkan “Hukuki oğulculuk” kavramı, yaşadığımız postmodern dönemin de kritik bir kavramı olarak tartışılmaktadır. Hukuki oğulculuk, merkezîyetçi hukuk görüşüyle çelişir. Bu nedenle Hukuki oğulculuk olgusu, onun demokrasi olgusu ile olan yadsınamaz ilişkisi nedeniyle, demokratik toplumlarda hukuki tartışmaların merkezinde yer almıştır. Bu yazıda, hukuki çoğulculuk kavramını derinlemesine incelemeye ve tarih boyunca geçirdiği evrimin izini sürmeye çalışacağız. Ek olarak, İslam hukukunda hukuki çoğulculuğun konumu ve İslam hukuku fikri hakkında akademisyenlerin derinlemesine tartışmalarına atıfta bulunacağız.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Tarihi, Hukuki oğulculuk, Hukuki oğulculuğun Tarihi, İslam Hukuku, İslam İçinde Hukuki oğulculuk.

INTRODUCTION AND OVERVIEW

We can describe the state as a system that ensures tribes are legally equal and able to attain their rights¹, protect them, and meet their needs. In some circumstances, it may be possible to establish a multi-law system within the state. This situation has been criticised in terms of citizen equality in both sociological and legal terms. Discussions continue regarding legal rules and practices based on people's beliefs that may lead to human rights violations in various fields. It is important to note that modern state governments are attempting to establish a single legal system based on constitutional law².

In the first part of this paper, we examined the concepts of legal pluralism in detail and traced their evolution throughout history. These concepts reflect democracy in society today and in previous administrations. In the second part of this paper, we discussed the concept of Islamic law and explored how legal pluralism manifests within it. The Ottoman legal practices are particularly significant as an example of a central government's multi-law approach to understanding Islamic law.

Legal pluralism is the phenomenon where various groups within a system can create and apply legal rules. Griffiths published the first studies on the subject in the literature in 1986. The researcher underlined that, in the case of multi-law systems, the state is only partially independent of the general rules of law in sub-law systems. In other words, there is no complete autonomy here, even with different legal regulations and practices within various social groups³.

There are multiple groups of people in a state structure, and the basis of their being a group, as well as individuals' feeling of belonging to the group, is the existence of common pasts, values, and rules. Therefore, in numerous countries, some groups live by their own rules and socially punish or reward their members within the framework of these rules. The ability to discuss legal pluralism within a state relates to the recognition of sub-law practices within the central law of the state. In other words, legal pluralism describes the ability of different types of law to coexist within certain limits and their semi-dependence

¹ Ömer Naci Soykan, 'İnsan Hakları: Kavramsal Bir Çözümleme' (2013) 66 Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 229.

² Hasan Serdar Hoş, 'Hukuki Çoğulluk Kavramının Osmanlı Millet Sistemi Bağlamında Değerlendirilmesi ve İsrail Uygulaması' (2020) 42 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 203.

³ Akif Tögel, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem* (Adalet 2016) 5.

on each other. To understand more clearly, it is necessary to examine the approaches in the literature, the historical changes in meaning, and the relationship between the idea and democracy.

I. THE CONCEPT OF LEGAL PLURALISM

Legal pluralism is a concept that emerges from the search for an understanding of the essence of law. It can also be seen as a critique of the dominant culture's view of law. Some scholars argue that legal pluralism has emerged as an alternative to traditional legal understandings, reflecting the debates and criticisms that arose from postmodernism in the field of law. The concept has been particularly prominent in Western countries and has been shaped by colonial understandings⁴. Griffiths sought to explain legal pluralism as an empirical concept, while Merry has divided it into "classical legal pluralism" and "new legal pluralism". While classical legal pluralism is viewed as a product of the colonial order, the new legal pluralism is considered a concept that reinforces democracy⁵.

Some theorists in the fields of law and sociology examine legal pluralism through two sub-categories: internal and external legal pluralism. Internal pluralism refers to a legal order that contains diversity based on criteria such as religious or sectarian affiliation, ethnic identity, and territoriality. On the other hand, external multilingualism refers to the simultaneous existence of legal systems at certain levels that do not form a part of each other⁶.

The most pragmatic approach to legal pluralism is seen as a declaration of state sovereignty, where the validity of societal norms derives from the model itself. This requires widespread representation in the community and the acceptance of differences. Allowing differences to exist will make it possible to construct a society where norms are generally embraced. Listening to the discourses of difference and making peace with them are requirements of legal pluralism⁷.

⁴ Hoş (n 2) 203.

⁵ Duygu Hatipoğlu Aydın, 'Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi' (2014) 72 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 487.

⁶ Çağatay Şahin, 'Hukuki Çoğulluk Bağlamında Alevi Hukuku' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015) 28-29.

⁷ Tögel (n 3) 9 .

According to Griffiths, legal pluralism determines the group-state relationship. In cases where there is solid legal pluralism, the researcher does not recognize the existence of alternative legal systems of the state. In contrast, the researcher acknowledges the existence of alternative legal methods of the state in cases where there is weak legal pluralism. When the state sees soft legal pluralism, it tries to establish a link between its legal and alternative legal systems⁸. Soft legal pluralism, solid legal pluralism, and internal and external legal pluralism lead us to “state law”. The structure of state law, with its perspective on the majority and social groups, is the basic structure that enables the concept of legal pluralism to be shaped within a country’s borders⁹.

As can be seen, it is tough to determine simple lines for legal pluralism. However, once again based on Griffiths, it is possible to explain legal pluralism as “*the situation of relations in behaviour that occurs following more than one legal order for any social area*”¹⁰. We should underline that the reason why it is difficult to define the boundaries of the concept of legal pluralism is actually due to the nature of the idea of law. The concept of law is also shaped by the way states are governed, the social changes experienced on a global scale (such as colonialism and the development of the knowledge of democracy), the demands of the time, and the evolving consciousness of society. Therefore, it is necessary to interpret what the concepts of law and legal pluralism mean according to the current time. Looking at the historical flow, we will see that the boundaries and classifications of legal pluralism have changed¹¹. How ideas are shaped in history is discussed in detail in another paper title.

II. RELATIONSHIP BETWEEN DEMOCRACY AND LEGAL PLURALISM (PLURALIST DEMOCRACY)

The concepts of pluralism and democracy essentially represent two political ideals. The concept of pluralism can be characterised as a claim to form an integrated approach to issues affecting social and social life, such as human rights, justice, sovereignty, democracy, freedom and citizenship, especially in

⁸ Nadire Özdemir, ‘Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: Roman Hukuku ve Aborijin Hukuku’ in Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur and Saim Üye (eds), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI* (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 363, 364.

⁹ Hoş (n 2) 213.

¹⁰ Özdemir, (n 8) 363; Aydın (n 5) 487.

¹¹ Hoş (n 2) 212.

scientific theories and methodologies. Undoubtedly, pluralism has excellent effects on providing a living environment that is worthy of human dignity, and that stimulates tolerance in terms of both law and state administration and politics. It should be noted that pluralism paves the way for demanding new rights in cultural and religious fields based on the population and the numerical power it creates. While this situation poses the risk of preventing individual participation in democracy and putting the individual under the influence of the mass, it can lead to the emergence of regional differences in people's lives, especially in the context of legal rules, by getting rid of the centralised structure¹². Of course, the existence of these regional differences can be interpreted as a favourable situation in terms of freedom when viewed from the perspective of tolerance. This situation can also pave the way for the emergence of injustice and the abuse of differences. Therefore, it is necessary to take a two-sided and objective approach to the subject.

The risk that the rulers, who want to shape the societies according to their ideologies by standing back from modern law and lifestyles, rely on various legislation instead of the legal order, especially on human rights, should not be ignored¹³. Because of these problems, it is necessary to examine the concepts of democracy, majority, and pluralism and to seek answers to the question of how the rights and freedoms of the individual are protected against the majority in modern law.

The meaning of democracy can be explained simply as "self-government". In that case, the idea comes to mind that "the more one affects the individual". However, this situation trivialises the thoughts of individuals and pushes them individual to gather supporters and separate from the rest of society. At this point, the concept of an ideal democracy comes into play. In outstanding democratic practice, the right of the majority to rule and the authority of the rulers should be balanced with the rights and freedoms of the governed. It can be said that an ideal democracy is the limited rule of the majority. In other words, in governments with perfect democracy, the individual has the right to choose who represents them. This right allows the establishment of a control mechanism against the majority. This opportunity is the guarantee of

¹² Ata Demir, 'Jean-Luc Nancy'nin Siyaset Felsefesinde Çoğulculuk ve Demokrasi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 3.

¹³ Bülent Yavuz, 'Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları' (2009) 13 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 292.

democratic states of law. It is to overcome the absolute superiority of the majority, to take place in the administrative mechanism of ideological and social differences, and to give them shares and rights in the administration¹⁴.

In countries where democracy exists and the law is upheld, the majority does not have absolute power over the minority. The law is the most critical control tool that comes into play here. Observing the rights of those who are few in society is possible with legal rules and their operation. However, when the concept of pluralism comes into play, the question arises as to whether the rights of minorities will be respected. First of all, in countries where democracy works in the closest sense to the ideal, especially in the northern hemisphere, there is legal pluralism. It should be kept in mind that a multi-legal system has been adopted, that the state does not have legal control, and that autonomous legal rules are not entirely independent from the general legal regulations of the state. Although legal pluralism is a concept seen as a necessity of democracy today and has an old history, the risks it poses are prevented by the central law of the state. Legal pluralism, common in multicultural societies, is a social phenomenon, as is the case with normative pluralism. In fact, in the modern world, legal pluralism also acts as a brake against the clear legal rules of the central government. In this context, state law gains wealth while its absolute superiority atrophies. However, it should be underlined that the state's legal regulations are not trivialised. Because both the direction of law and the rules of law that the government spreads throughout the country can be read as democratic formations that feed and limit each other, thus laying the groundwork for the highest legal benefit for people¹⁵.

Being legally pluralist and having the right to group within a society for cultural, ethnic or religious reasons did not always imply democracy. Legal pluralism, which can be seen as a right in today's world, has become an element of democracy over time. This situation points to the dynamic nature of the legal phenomenon and its borders. It would be helpful to focus on the historical past of legal pluralism and look at how it has evolved to the present.

¹⁴ Yusuf Şevki Hakyemez 'Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi' (2003) 52 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70-71; Mücella Can 'İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi' (2019) 23 (Özel Sayı) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2162.

¹⁵ Aydın (n 5) 493.

III. MULTI-LEGAL DIVERSITY

Legal pluralism can be seen clearly or indistinctly in many periods of history in almost every society. In the relevant period, many factors, such as the factors that cause the multi-legal situation, the structure and legal attitude of the state, the dynamics within the society, and its relations, also change the manifestation of legal pluralism. Therefore, each multi-legal situation may differ in various aspects. The elements that make up the legal system vary. On the other hand, in cases of legal pluralism, it is also possible for the people/researchers who define it to name them differently. While Gilissen included the concept of rights (drotis) while defining law, Vanderlinden progressed with the idea of legal mechanisms (mécanismes juridiques). Hooker preferred to call it legal systems, and Griffiths and Santos used a concept in the form of legal orders. The perspectives of these researchers on the elements that make up the law have also diversified the images they use. For example, Griffiths called them “rules”, especially since the law created by the state does not have a system and logic is not sought in other legal structures in society.

Using the concept of rule, Santos argues that the main element that constitutes society’s lifestyle is generally legal rules. Both authors believe that legal rules outside the state cannot be qualified as a legal system. On the other hand, Vanderlinden points out that even when there is a plurality of laws in a society, their starting points may be the same. He argued that the elements that make up the plurality of directions could be a single rule, a set of rules or a legal system. Tamanaha argues that legal pluralism will be systematic because of its relationship with pluralism in society¹⁶.

No matter what definition one starts from or how researchers approach multi-lawfulness, it is observed that each of them has a common point. This means that we must distinguish them before we can subject individuals in a society to the same rules. In a social order, even if the individuals are completely equal in the face of the state’s legal regulations, there is a principle of territoriality in practice. There is a consensus that it is impossible to apply the same rules to every individual in a socio-political order. According to them, an understanding of law based on personality, which allows different legal

¹⁶ Mehmet Salih Kumaş, ‘Çok-Hukuklu Sistem ve İslam Hukukundaki Yeri’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) 122; Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk (Ankara: Turhan Kitabevi 2013) 136.

arrangements to be made as a result of personal preferences and differences, rather than a legal understanding based on territoriality, is an excellent understanding of law in terms of personality development and freedoms of individuals¹⁷.

Tamanaha drew attention to the fact that the law created by the state and the rules operated by the state are not the only points that need to be explained to express the law as a whole¹⁸. To describe a legal system, it is necessary to be able to talk about the exemptions, recognition policies, individuals and customs of the society. For this very reason, non-governmental organisations that exist on a legal basis within the states are included. These are the common action platforms of individuals united around various purposes and views, and they have critical roles in multi-law¹⁹.

Today, although the state of multi-jurisdiction, freedom and possibilities for living the cultures of various human groups, a state of modernisation can be considered as an environment of tolerance²⁰, it should be added that many formal aspects affected the formation of the legal structure. It should not be overlooked the pluralistic form that emerges when law differs as domestic-imported, classical-modern, state-non-state, and these different legal structures continue their existence together²¹. In that case, it is necessary to add which types of multi-legality constitute the constitutive elements that cause multi-legalism and to examine these types.

A. Domestic Law-Imported Law

Domestic-law imported-law classification is one of the oldest classifications seen in colonial societies and expresses the existing law and the law duality formed by the colonialist. In particular, due to the western countries carrying their legal understanding to new geographies during their colonial practices, multi-legal systems have begun to appear. In his studies, Griffiths also gave an example of domestic law and imported law; in 1772, the East India Company's

¹⁷ İbid 123.

¹⁸ Brian Z. Tamanaha, 'A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism' (2000) 27(2) *Journal of Law and Society* 299.

¹⁹ Seyfettin Aslan, 'Türkiye'de Sivil Toplum' (2010) 9 (31) *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 262.

²⁰ Ömür Aydın, 'Avrupa Ortak Hukuk Mekanında Demokratik Toplum Düşüncesinin İnşası' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008) 3.

²¹ Kumaş (n 16) 124.

application of both English law and -especially in private law matters- a direction by the caste system and Islamic rules. Another example is the colonial practices in Africa and Asia²².

B. State Law-Minority Law

State and minority law is also one of the most frequently encountered forms of legality. For minorities living in a state, it is the state's application of different legal rules. Apart from this, some states allow minorities to have a separate legal system within themselves, even if they do not directly implement other practices. In countries such as China, India, and the Philippines, where Muslims live as minorities, Islamic Law is allowed to be applied to Muslims apart from the legal rules of those countries, and each of these is a current example of multi-lawfulness where state law and minority law exist simultaneously²³.

C. Customary Law-Modern Law

The legal pluralism situation in many modern states combines customary and contemporary law. They have a current legal system created by their state governments without pressure or coercion. But generally, this modern legal system is brought above the traditional legal order that society already has, and the dual legal system emerges involuntarily. In such cases, the customary legal rules continue to be seen in various social relations, although they are not as predominant as before. In countries such as Malaysia, Afghanistan, China and Thailand, it is possible to simultaneously see the effects of customary law and modern law on society. It is also important not to confuse the dichotomy between customary and contemporary in these countries with minority law. Customary law does not apply only to the minority. On the basis of this law, there are established facts such as the common values, common history and culture of the people living in that geography, and it is not limited to a specific group. Besides modern and customary law, minority law can also be found²⁴.

²² Hasan Serdar Hoş, 'Hukuki Çoğulluk' içinde Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur and Saim Üye (eds), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI* (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 185.

²³ Fehmiye Ceren Akçabay, 'Çoğunluk vs. Azınlık: Demokratik Hukuk Devletin Gerçekleşme Koşulu Olarak Sivil İtaatsizlik' (2014) 3(6) *Anayasa Hukuk Dergisi*, 124 .

²⁴ Mehmet Yüksel, 'Modern Toplumda Hukuk Kültürü' (2013) 8 (Özel Sayı) *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 3245; Dilek Almas, 'Modern Hukuk Karşısında Örfi Hukukun Varlığını Sürdürmesinin Sosyolojik Nedenleri: Şanlıurfa Örneği' (2019) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 48.

D. Local Law-National Law-Supernational Law

As an effect of globalization, countries reorganize their domestic legal systems and comply with supranational legal rules at the same time. For example, due to bilateral or multiple agreements regulating the relations of nations with each other, it is possible to make innovations in domestic law mechanisms. Globalization can also reshape the legal demands of the people. All these cause local, state and international law to exist simultaneously in almost every country. It is inevitable for a government to establish relations with other countries, and this situation also binds it in terms of international legal rules. Today, countries are dependent on each other. Although, in some circumstances, there may be conflicts between these three different laws, it is scarce that there are complete contradictions. In today's world, the individual is a part of national and international legal systems²⁵.

IV. HISTORY OF LEGAL PLURALISM

Law, especially in Western societies, is a phenomenon created to maintain order in social life and is shaped by the factors that affect the community and lived over time. Here, the existence of the concept of social order can lead to the idea that the state is the only one who reveals and implements the law. However, it is only possible to say this idea is partially correct. Various state oppression-based social mechanisms, especially colonialism, reinforce the idea that the state is the sole ruler of the legal system. However, colonialism is also a situation that is at the basis of the concept of multi-law in the literature. Although there are practices related to multi-lawfulness in many parts of history, it is possible to base the existence of the phenomenon of multi-lawfulness with its current definition on the postmodernism movement and the sociological and legal debates that emerged within this framework²⁶. As can be seen, legal pluralism has periodically changed its meaning, transformation and practice. At this point, it should be explained how this concept was shaped in history. But before focusing on its historical formation, it is necessary to mention how multi-law is described in the literature in history. Because after the work of Griffiths, who was the first to introduce this concept to the literature, in 1986, the ways of describing this concept have also changed. Therefore, seeing how fast legal pluralism has developed even within the same centuries becomes essential.

²⁵ Kumaş (n 16) 126.

²⁶ Hoş (n 2) 206.

Eugen Ehrlich, who works in the field of sociology, is another name that has been influential in the development process of legal pluralism. Ehrlich developed the concept of living law, and this concept has gained an important place in legal pluralism. Living law states that even if different social groups are under the state's authority, they will have internal legal systems that reflect their own cultures and value judgments, where the state uses its own legal rules to solve the problems of the relevant society before the legal regulations. In other words, living law means that all social fields can create and implement their own formal and normative structure outside and sometimes despite the state law²⁷. Yet another person to be mentioned here is sociologist Georges Gurvitch. In his work prepared in the 1930s, Gurvitch underlined that cultural influences were reflected in law and said there would be changes in law among human communities. The researcher stated that customs and traditions are among the law sources so different businesses will cause other legal practices. Therefore, legal pluralism is inevitable²⁸.

John Gilissen was the first lawyer to consider and examine the concept of legal pluralism. According to Glissen, the law shapes the rules of society and the rules of the state. Therefore, the community's powers that have changed or produced over time also cause the formation of various legal figures and practices. According to the researcher, each pluralist structure formed by different legal norms in a society should be considered separate. In this context, Glissen states that an area of action should be created for the community to implement the state's multi-law status.

Similarly, Jacques Vanderlinden, *Le Pluralism Juridique: Essai de Synthèse*, in his work named, defined non-state law and again stated that different social rules constitute legal pluralism. Leopold Pospisil is another person that should be emphasised in the formation process of the concept of legal pluralism. According to Pospisil, who argues that law is a multi-layered structure, society, whether a tribe or a modern nation, does not consist of inseparable people. A community is more like a mosaic of subgroups. Each subgroup has a legal system that regulates the behaviour of its members²⁹.

²⁷ Hubert Rottleuthner, 'Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk' (2013) 3 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64.

²⁸ Hızır Murat Köse, 'Georges Gurvitch'in Hukuk Sosyolojisi Alanında Türkiye'ye Etkisi' (2002) 51 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 100.

²⁹ Kumaş (n 16) 115.

V. LEGAL PLURALISM IN ANTIQUITY

Although there was a primitive social structure in Antiquity, especially in the Roman period, it is seen that most of today's social phenomena, especially law, began to take shape. It is possible to encounter the effects of Late Antique Roman Law in most legal systems today. When looking at ancient law from the perspective of legal pluralism, especially the Laws of the Twelve Tables will be seen. These are important in terms of being one of the first examples of the transition to a written legal system, and the fact that their binding is specific to Roman tribes³⁰ can be counted as one of the first examples of legal pluralism.

The Roman law was very impressed by the cultural and social mechanisms of the societies it interacted. It is possible to say that there were changes over the twelve tables law implemented in 449 BC for centuries. For example, since Emperor Theodosius Constantine, the edicts of all emperors were confiscated during the Roman period under the name Codex Theodosianus. Later, it was distributed to all geographies that the state ruled in different languages. After these collection and generalization studies, Justinian's work in AD 529 Corpus Juris Civilis was published, and a uniform legal system was introduced in the cosmopolitan empire. In this period, the primary purpose of the law to take on a central appearance was the search for power as a state of Rome, which lost land and started to experience internal conflicts due to its multiculturalism.

The belief that a universal legal system will emphasize equality and prevent injustice in legal practices has emerged. It should be said that the application area of this legal design could not be formed³¹. It should be noted here that the reason this regulation could not be implemented is, in fact, because of the contradictory statements in it and the differences in interpretation it creates. At this point, although there is a valid legal order throughout the country, it can be said that the way it is implemented constitutes a multi-law system. Of course, the legal pluralism mentioned here should not be perceived in today's sense³².

³⁰ Talat Koçak, 'Geç Antik Çağ'da (Doğu Roma) Bizans Hukukunun Tarihi Seyri' (2019) 21 (Özel Sayı) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 126.

³¹ Haluk Emiroğlu, 'Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu' (2002) 51 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87; Frederick W. Dingley, 'The Corpus Juris Civilis: A Guide to its History and Use' (2016) 123 Library Staff Publications 4-5, <<https://scholarship.law.wm.edu/libpubs/123>> Erişim Tarihi 19 October 2023

³² Koçak (n 30) 128.

VI. LEGAL PLURALISM IN THE MIDDLE AGES

The historical period, described as the Middle Ages, covers the 5th and 15th centuries. In this period, it is possible to come across customary law rules, legal regulations of feudal principalities, Roman law, and Church law. In the states in this period, religious-based courts ensured social order, royal courts complied with feudal law rules, customary legal rules that shaped inter-communal relations, and courts that mainly dealt with commercial issues but whose rules and practices differed between regions that took place at the same time. It should also be noted that the rules and boundaries of these courts are sometimes unclear and violate the boundaries of each other's jurisdictions from time to time or depending on various conditions. Similar complex legal systems exist in very different geographies because Rome has spread over a vast landscape and has active relations with other countries³³.

It should be thought that the concept of sovereignty in the Middle Ages, where feudal principalities were very common, especially in Europe and Asia, is different from today's modern understanding of sovereignty. Although most of the principalities depend on a central government, it is a natural result of this scattered structure, and the weak state and law ties are weak. The majority of the legal rules of principalities are a manifestation of the social order of their communities. Plato said that the state didn't have to make a legal regulation. As the reason for this, he showed that if the state is mismanaged, the laws will not be obeyed anyway. According to him, if a good administration exists, people will naturally live according to the rules. Therefore, the presence of a legislator is optional in either case.

Most religious rules are sufficient for law. Another name that draws attention to the weakness in the medieval state-law relationship is Ehrlich. Ehrlich emphasized that the rules of the state are generally based on military regulations, and therefore the legal rules that ensure the social order have a weak bond with the state. He also said that the courts of the Middle Ages could not be seen as organs of the state for this reason. These are the organs of the people³⁴.

³³ Brian Z Tamanaha, 'Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global' (2008) 30 *Sydney Law Review* 377, <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2008/20.pdf>> Erişim Tarihi 20 October 2023.

³⁴ Tögel (n 3) 11-12.

The Middle Ages is a period in which legal pluralism is pervasive. One of the types of legal pluralism that can be seen in this period is state law and, in turn, a local law that maintains its existence. The caste system was the fundamental element that made the rules clear in society for many principalities, while state law expressed royal law. Even the caste system alone is a state of legal pluralism, sufficient for different legal rules, rights, and freedoms among human groups. In some principalities, in addition to the caste system, a church helped the people in cases of disagreement for a fee. This situation also added a new understanding of the law to the existing ones³⁵. The ability to set and enforce legal rules for the church, which expresses its views on so-called secular matters, has also created a new income opportunity.

It should be said that the royal law for the period constituted the main legal rules. However, it was only possible for the lords to make decisions and practices according to these legal rules. Because there are not enough judges for the people's problems, it would not be wrong to say that their problems are unimportant to the royal members. Therefore, the existence of the rules brought by the caste system besides the state law was seen as a facilitating way of maintaining order. The weak multi-law environment tolerated this. There was no support or application proposal for the state to implement the law of religion or tradition within the people. Undoubtedly, it is impossible to discuss equality between the people and the royal members here.

This situation, which continued for many centuries, started to change in the last period of the Middle Ages. States have begun to create rules that are valid for more people and have tried to prevent inequalities in this regard from time to time by applying the law itself. The most significant influence in this is the doctrine of divine justice. Individuals in public have also started to gain importance, and state administrators have begun to understand that their existence cannot be protected if the crowd is restless³⁶.

VII. COLONISATION PERIOD

The period of colonisation, which survived until the 19th century, is a critical period that goes towards today's state law and legal pluralism. During this period, the colonisations, especially in the West, naturally started the legal

³⁵ Üye (n 16) 194.

³⁶ Tögel (n 3) 14.

pluralism process. In particular, the change in the understanding of sovereignty and colonial activities caused the legal rules in different geographies to encounter each other and start to form the infrastructure of the legal regulations of today's modern states. For this period, Hooker comments that the colonial states had experienced contacting new unwritten law rules. On the other hand, Sally Engle Merry stated that colonial states had to recognise the existing legal order in those new geographies to establish a ruling power over different societies. In other words, confirming a new legal order in the landscapes visited for colonisation is costly. Making small changes by accepting the ratio is a factor that facilitates the process as well as gaining experience. Knowing the existing rules and putting pressure on society according to these customary rules will save time³⁷.

Portugal and the Netherlands initiated colonisation at the end of the 15th century. England was also involved in the process in a short time. They started to colonise these countries by establishing their colonies in economically weak countries. These activities of the countries have brought about the contact of different legal structures in different geographies. It is not entirely wrong to say that the legal rules of the colonial countries struggled to exist against the legal systems of the colonial states. Legal confrontations in almost every country and geography have given birth to different forms of legal pluralism. For example, weak legal pluralism enforcement was seen in India, a British colony.

The East India Company, frequently encountered as an example of legal pluralism in the literature, has implemented the law of the Qur'an for Muslim employees and the Shaster for Hindus in all disputes related to inheritance, marriage, tribal and religious institutions. In the Mongol-administered courts, where criminal law proceedings were held, Islamic law was applied to all tribes. In contrast, in the civil courts, Muslim and Hindu legal experts used local and religious law as salaried employees of the East India Company. These different legal practices eliminated the confusion that English law would create, and in addition, it facilitated the existence of the British there without conflict with the local people³⁸.

A similar situation prevailed in Africa. The British operating in the Rhodesia region provided residents with local law in personal and family law; however,

³⁷ Sally Engle Merry, 'Colonial Law and its Uncertainties' (2010) 28(4) Law and History Review 1067.

³⁸ Tamanaha (n 33) 383; Tögel (n 3) 16.

they applied Dutch-Roman-Western law to the whites there. These are examples of the coexistence of customary and modern law, and a similar situation was observed in all geographies during the colonisation process³⁹.

VIII. 20TH CENTURY

The twentieth century, in which the discussions and research on legal pluralism and related issues increased, is a period in which the legal systems and understanding of the state began to reshape with the effect of globalisation. Especially at this point, growing academic analyses are found about merged legal systems and these⁴⁰.

New supra-state legal mechanisms have been established with treaties between states. The most common example of this is the European Union organisation. Thus, the international judicial systems and the responsibilities of states against these systems have become palpable; countries have learned more about each other's legal systems, and the understanding of internal/external sovereignty has begun to replace the knowledge of global international law⁴¹.

The fact that states are parties to international agreements or become parts of such organisations has made room for a change in the perspectives on the concepts of internal and external sovereignty; Acting by the rules created by the organisations they are in necessitated making high concessions on sovereignty compared to the past. This compromise means the creation of many global legality environments. In the Van Gend en Loos decision of the European Court of Justice, it is expressed that member states have created a new legal system within international law by limiting their sovereign powers in certain areas for their benefit⁴².

Globalisation and the change in the perspective of legal systems have shown the necessity of limiting the powers in the line of internal sovereignty in modern states. New and fundamental concepts, such as the central concept of human rights, have begun to become a limiting factor in front of states' powers.

³⁹ Tögel, (n 3) 17.

⁴⁰ Tamanaha (n 33) 383.

⁴¹ William Burke-White, 'International Legal Pluralism' (2004) 25(4) Michigan Journal of International Law 965.

⁴² Tögel (n 3) 18.

First of all, the emergence of a global consensus on people's freedom has increased the importance of concepts such as religion, lifestyle, and traditions, forming legal pluralism structures within the states.

It is possible to see clear examples of this situation, especially in Asia and the Far East. For example, Japan has adopted a new legal system in line with the West, in which rights and freedoms are guaranteed, instead of the continuing legal system in the form of state and minority law. Again, China has placed the rules of law taken from the West into the existing system and continued to practice traditions. The expected points of traditional practices and western practices were investigated. This change of countries enabled them to establish new relations and/or root their existing connections by opening their doors to international interactions; thus, it has created a suitable ground for the execution of many different applications in the global environment without conflict with each other.

It is possible to describe this situation as the spread of legal pluralism to the global arena and as a new generation legal pluralism type. International courts within structures such as the United Nations, the World Trade Organization, and the European Union can be compared to a system within states, such as central courts and courts of minorities, just as it was in the past. The most crucial distinction here is that the situation has reached a global dimension from within the country. Today, both countries' own and international legal systems are in effect simultaneously⁴³.

Based on this information, it is possible to say that to understand international relations and the phenomenon of globalisation, it is necessary to internalise the legal pluralism system and its content. It should be noted that states had concerns in previous centuries. However, in the 20th century, this situation made it necessary for many states to unite on the same issue simultaneously. While it was up to those two states to find reconciliation in bilateral relations, the concept of plurality began to be sought to achieve reconciliation in multiple unions.

For example, the European Union's legal system was established, and the constitutions of the states that were part of the union were considered in forming this system. Therefore, today in this formation, it is accepted that there

⁴³ Burke-White (n 41) 977.

are as many centres of law as the number of constitutions of the state parties. While legal pluralism in the European Union countries provides a horizontal relationship between the members, it brings with it a vertical relationship between the constitution of the member state and the EU constitution⁴⁴.

Another example is the European Convention on Human Rights. If the practices of the state's party to this convention are contrary to the way, the European Court of Human Rights, also a supra-state authority, is authorised. It should also be underlined that this court's margin of appreciation doctrine is an essential example of global legal pluralism. With this authority, the gaps in the contract are closed. In addition, the differences between the state proceedings of the countries that are party to the convention and the European Court of Human Rights are balanced⁴⁵.

As can be seen, from the 20th century to the present, a legal system transcends the borders of countries. This situation has created many global legal systems worldwide by creating countries with both their legal system and international legal responsibility.

IX. ISLAMIC LAW

A. The Foundation of Legal Pluralism in Islamic Thought

Schacht, a scientist who left his mark on contemporary orientalism with his research on Islamic law and is a part of Islamic jurisprudence, wrote: One of the most important legacies Islam has left to the civilised world is its religious law, the Sharia. It is accepted that what law is in Islam theology is in Christianity-the most typical manifestation of spiritual learning. For Muslims, the law is not an element of general Islamic teaching but its functional expression⁴⁶.

To understand the concept of Islamic Law, which can be considered as a summary of the effects of Islam on human life in general, first of all, it is necessary to touch on the concept of Fiqh. Fiqh can be explained as the traditional name of Islamic Law because the concept of Islamic Law is a concept

⁴⁴ Bertil Emrah Oder, 'Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler' (2005) 21(1) Anayasa Yargısı 168; Tögel (n 3) 20.

⁴⁵ Oder (n 44) 169.

⁴⁶ Joseph Schacht, *The Legacy of Islam* (Oxford Paperbacks 1979) 392.

that has been used chiefly with modernisation and research on the subject. The use of the concept of Islamic Law instead of the word Fiqh, in other words, the existence of a transformation between these two concepts, brought along a presupposition that every phenomenon thought to be in a favourable legal system also exists in Islamic Law. Fiqh should be defined as individuals' knowing their responsibilities for and against them.

So here, the focus should be on the concept of knowing. Since it is a religious infrastructure, knowing also points to the knowledge and consciousness given to man by divine power. In other words, Fiqh moves away from the concept of making judgments; It gains meaning in knowing and interpreting the rules and provisions of the divine will. That's why, for the definition of Fiqh, the understanding and interpretation ability of human beings is brought to the fore, and the explanation is made as "the whole of the rules of shari'a"⁴⁷.

The concept of Islamic Law, which has replaced Fiqh in the modern understanding of the law, means "organised sanction tools based on state authority that provide social order" and narrows the boundaries of the concept of Fiqh. However, Fiqh in Islam has a broader picture that deals with and regulates all human behaviour. For this reason, trying to understand the legal structure brought by Islam with modern legal narratives carries the risk of causing both difficulty and confusion⁴⁸. The fact that Islamic Fiqh is different from the new legal system in terms of both concept and nature brings serious problems in one-to-one matching. It causes conceptual confusion⁴⁹.

There is another factor that needs to be explained to understand the Islamic-based legal order is the founding power that determines the rules in this system. According to Islam, Allah is the power that determines what individuals and communities should do in human life, sets religious rules and punishes or forgives them if they are not followed. It is the sole authority to set the rules. Therefore, every individual who has chosen Islam himself and accepts this religion must take and internalise the rules set by Allah.

This internalisation; forms the basis of the application of Fiqh in life and removes the hesitations in the individual's behaviour. There are orders and

⁴⁷ Vahap Ovacı, 'İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri' (2015) 7(7) Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 69.

⁴⁸ Talip Türcan, 'Fıkıh ve Hukuk-İslam Hukuku Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 24 Eskiye 20.

⁴⁹ Ovacı (n 47) 70.

prohibitions, and with the acceptance of religion, the individual or society shows a pre-acceptance to them. However, it should be underlined that the legal order in Islam, which is a heavenly religion, is based on the interpretation of the prohibitions and orders placed by Allah⁵⁰. Jurisprudence, evaluated in Islam, is more a way of serving God, who knows what is best for people, rather than a mechanism of social control. Here, the most basic narrator and interpreter is Muhammad. He is a prophet. Therefore, the life, words and practices of the prophet, who conveyed Allah's prohibitions and orders to people, are the secondary source of Islamic Law rules⁵¹. These two categories, which differ from each other in terms of quality, have been called "ius" in the history of law. It creates a legal system based on divine orders called *divinum*.

When it comes to Islamic Law, it is seen that the source issue is one of the dominant issues of the Fiqh method. It will be seen that this subject is examined under three headings as a procedure (*aşl-usûl*), infinitive (*masâdir*) and evidence (*edille*) in the books of Fiqh. It should be added here that different definitions have been made for each term. It should be said that the meaning of each definition is similar to each other. The subject of "*aşl-usûl*" contains several substances⁵².

However, in modern law, these concepts replace "evidence". Here, the Book, Sunnah, Ijma, Qiyas and other pieces of evidence, which constitute the basis and source of the Shar'i Rulings, are meant. It is possible to translate the word "*masâdir*" into English as "source, the root". Today, the sources related to the Fiqh procedure take place in the meaning of "*Masâdiru't Teşri'i'l-Islami (Sources of Islamic Law)*". "*Delil-edille*", used as a source in Islamic law, is the element that makes it possible to reach the Shari'a judgment with a good view. Although the effectiveness of the evidence in the definition of conveying the shar'i judgment in a definite or conjectural way has been discussed, and it has been claimed that the thing that leads to the shar'i judgment by the conjecture is not evidence. Still, an indication, the majority of proceduralists have argued that such a definitive quality is not necessary for the evidence⁵³.

⁵⁰ Kaşif Hamdi Okur, 'İslam Hukuku Açısından Toplum Hukuk İlişkisi' (2020) 4 (2) Kocaeli İlahiyat Dergisi 9-10.

⁵¹ Ovacı (n 47) 70.

⁵² Ferhat Koca, 'İslam Hukukunda Kaynak Kavramı ve Kaynaklar Hiyerarşisi Üzerine Bazı Düşünceler' İslam Hukuku Anabilim Dalı Eğitim-Öğretim Meseleleri Koordinasyon Toplantısı ve İslam Hukuk Usulünün Problemleri Sempozyumu (Çorum 14-15 Mayıs 2004) 22.

⁵³ Ovacı (n 47) 73.

It is possible to examine the shar'ı pieces of evidence in two different categories, primary and secondary. The preliminary evidence mentioned here are the Qur'an, Sunnah, Ijma and Qiyas. Although the evidence does not have an independent character, secondary methods are based on one or more of the four primary pieces of evidence. Evidence in Islamic Law and the sources on which it is based are also guiding. They are resources that teach social life and people. In other words, a person can understand the shar'ı rulings from Islamic sources and act accordingly.

To understand Islamic Law, it is necessary to mention its purposes. First of all, this legal system was established with a social effort. Modern legal systems, on the other hand, are state and/or authority-based. Due to social action and Islamic law's nature, it simultaneously has political and legal provisions. In other words, it is possible to comply with the rules of Islamic Law by fulfilling the existing religious requirements of a believer. A legal order is established with the understanding of fulfilling Allah's command. Disobeying the rules means believing that there is an otherworldly punishment besides being punished in society. This is especially important in cases where more evidence is needed. In the case of a crime, if there is too little evidence to allow legal punishment, the possible guilty person suffers from conscience.

Therefore, it should be remembered that Islamic Law also necessitates moral education. Islamic law, which differs from modern legal systems, also shapes the relationship between individuals, the state authority, and the person himself and his beliefs. With this regulative purpose, the aim of getting people closer to the creator is also served. The main goal of Islamic law is to present a human model who believes in the existence of a holy day where all kinds of actions and evaluations will be held accountable and who is concerned about the hereafter with the principles of belief, law and morality⁵⁴.

As in modern law, there are issues such as human rights, the rule of law and minorities based on the establishment of legal pluralism in Islamic Law. In that case, it is necessary to look at these concepts from an Islamic point of view to understand how the idea of multi-law is shaped in Islamic Law.

⁵⁴ Ahmet Yaman, 'İslam Hukuk İlmi Açısından Makâsîd İctihadının ya da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine' (2002) 2 (1) Marife Journal 32-33.

1. Human Rights in Islam

In modern law, a human being as an individual is a being with various rights. In addition to these rights, some responsibilities come from being an individual. For this reason, man is a direct subject of law. However, it should be underlined that throughout history, human beings did not have rights and responsibilities in the present tense. It should also be noted that throughout history, women, various professional groups, minorities or individuals from other religions have faced inequality. For this reason, agreements prioritising equality among nations, especially the Universal Declaration of Human Rights adopted in 1948, have begun to be made⁵⁵.

In the belief of Islam, on the other hand, a human being is a being who came to the world to complete a test, and therefore he must decide of his own free will. As it can be understood from here, a person should not be subjected to pressure during the examination process. Only then he can make the right decision. However, there are things to be done from the outside to get rid of prejudices. It's essential to get him thinking. Thus, it will be prevented that a person creates bias and pressure on another person⁵⁶.

Islam law; argues that five essential elements are valid for people to decide their freewill and act with their own will. These are called *zarûrat-ı hamse* (five critical areas). It is possible to reconcile these with understanding fundamental human rights in modern law. Because *zarûrat-ı hamse*; It refers to basic human rights (*maslahat*), including belief (religion), life (soul), mind, generation and property. In fact, according to Islam, even if the individual is himself, he cannot ignore these rights; however, if the person attacks these fundamental rights of another, their rights may be restricted. Another factor that should be added here relates to non-Muslims, especially in the Middle Ages. These five fundamental rights, inviolable according to Islam, are valid for non-Muslims only if they agree with Muslims. In other words, faith or *eman* (peace treaty) is required for immunity (*ismet*) for non-Muslims. The continuation of wars, especially between Muslim and non-Muslim countries in this period, can be interpreted as the reason for this situation⁵⁷.

⁵⁵ Kumaş (n 16) 154.

⁵⁶ Abdullah Demir, 'İslam'da İnsan Hakları' (2018) II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri 518.

⁵⁷ Kumaş (n 16) 156.

Another issue that needs to be addressed in human rights is the issue of leaving religion and punishing it. Although it is said in various verses that there should be no oppression in Islam⁵⁸, the crime of abandoning religion (apostasy) in some sects is death. However, it should be noted that the debate on this issue continues even today, and the issues of apostasy or the death penalty can be interpreted differently. Among the reasons for the differences in interpretation here are the changes in the practices of the sects. For example, Hanafis state that the death penalty cannot be imposed unless one directly denies religion and openly attacks Islam. In other words, leaving religion is not seen as a reason for death; but as a reason to act against Muslims and Islam. Again, Hanafis are of the opinion that committing a crime by a Muslim or non-Muslim will not cause any change. If a person kills another person, whether the murderer is enslaved, free, Muslim or non-Muslim does not change their sentence and/or its rate. In any case, there is a need to retaliate against the murderer. Again, this also applies to bodily harm⁵⁹.

2. The Understanding of the Rule of Law According to Islam

There is a distinct understanding of administration in Islam. According to the verses, Islamic scholars believe that the state is necessary for both mental and religion⁶⁰. It should be said that some Mu'tezilî (a person from the Mutezile sect) and Kharijite thinkers do not hold this view. The essence of Kharijite is a community that directly obeys divine revelation, the ideal ummah understanding. However, the general opinion is that the agreements made by the Prophet Muhammad, Messenger of Allah, after the Medina migration and the Medina Convention are examples of a kind of constitution. Starting directly from the life of the Prophet, it is thought that the religion of Islam also contains the concept of state. Again, it should be added that the Qur'an does not directly judge the idea of a state or how it should be.

Therefore, there needs to be direct information about the organisational structure in the holy book. However, tribes are often mentioned, which can be

⁵⁸ Surah Al-i Imran 86-91. Verses, 54th Verse of Maide Surah and 106th Verse of Nahl Surah.

⁵⁹ Mehmet Köroğlu, 'İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar' (2015) 43 Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 216; Ahmet Aydın, 'Modern Hukukta ve Hanefi Mezhebinde Öldürme Türlerinin Maddi ve Manev Unsurlar Açısından Mukayesesi' (2018) 7 Mîzânü'l-Hak İslami İlimler Dergisi 27-28.

⁶⁰ Ömer Menekşe, 'İslam Düşünce Tarihinde Devlet Anlayışı: Mâverdi ve Nizâmülmülk Örneği' (2005) 5 (2) Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi 193.

associated with a state phenomenon. What the Prophet Muhammad did also gives an idea about how to shape a state structure suitable for Islam. In addition to these, the Qur'an positively mentions the rulers who rule their people in justice and goodness, and in fact, it is emphasised which points should be paid special attention to in the administration of the state. Again, the Qur'an condemns those who govern their people with oppression and violence. It is also stated that the rulers cannot have sanctity⁶¹. In other words, a state administrator takes this power from the people. They are not appointed by divine power; in this context, their subjects can dismiss or punish them if their rulers act unlawfully. In Islam, the authorities of the rulers are limited both by the Qur'an and sunnah, which is the primary source of legislation and by the will of the society, namely shura. Therefore, according to Islam, legal rules are far superior to the concept of the state.

According to Kumas, as expressed in Mecelle, the principle: "To administrate (saving on) Ra'iyye, in other words, tebe'a (tribes) is menut (connected) on maslahat (common good)" explains the political philosophy of Islam. This principle binds the legitimacy of political authority to the protection of fundamental human rights (ismet). In other words, rulers should protect people's freedom in their beliefs, their life, generation, property and mind being. Otherwise, they may actually exist, but they cannot be legitimate. The struggle between Nimrod and Prophet Ibrahim, the battle of Prophet Musa with the Egyptian ruler Ramses II. (Pharaoh), and the story of the young people who escaped the persecution of the Roman state and took shelter in a cave because of their beliefs are told in the Qur'an. In this way, it explains the political viewpoint of religion for state rulers and those who gave them power⁶².

3. Non-Muslim Understanding of Islam

Just like in modern law, there is the phenomenon of the other in Islamic Law. In this context, there are non-Muslims as the infrastructure of multi-law in Islamic law. Before the modern state structure, the other was seen as the enemy in other legal systems and Islamic law. In many parts of the world, race, belief, political opinion, and sexual orientation paved the way for societal hostility. However, with the transformation of human rights, especially in the West, these

⁶¹ Saffet Köse, 'İslam'da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri' (1996) 1 (2) İLAM Araştırma Dergisi 13.

⁶² Kumaş (n 16) 164.

problems have been tried to overcome. But today, it is difficult to say that the hostility to others has been completely devastating. In daily life, the debates continue on two extremes of exclusion and inclusion.

In the modern world and legal structure, there can be many reasons for the phenomenon of the other. As has been said, many factors, such as race, ethnicity, language, and skin colour, determine the relationship between the individual and society. When we look at Islam, it is seen that there is only one factor based on the concept of the other. Characteristics such as where the person comes from and skin colour does not cause him to be the other. In Islamic Law, the religion or disbelief that an individual believes is the only factor that creates the “other” phenomenon. There is a sharp distinction between those who believe in the teachings of Islam and those who do not. Accordingly, characteristics such as the demographic structure of the person do not constitute sufficient reasons for him to be the other. The fact that an individual is not outside of Islam is enough for their social acceptance. However, it should be noted that Islam categorises other people according to whether they are close to the line of belief or not. In addition, even if the pluralist view that Islam has developed about others has religious foundations; It should also be noted that there is no effort to establish a spiritual legitimacy ground for them⁶³.

In the understanding of religion in the West, there is the idea that all religions deserve equal respect. Therefore, no religion can be said to be superior to the other. However, Islam is the last religion and is seen as inclusive of all others. Therefore, it is not wrong to say there is a distinction between Islam and other religions in Islamic law. When the primary sources related to the Qur’an and Islam are examined, it will be seen that there is a two-way approach to the phenomenon of the other in religion and law based on it⁶⁴. These are in the form of religious and worldly perspectives⁶⁵:

a. The Other Phenomenon from a Religious Perspective

There are expressions in the Qur’an that confirm the religions and prophets before it. That is, the Qur’an accepts other faiths. In addition, there is no effort

⁶³ Cemal Özel, ‘İslam ve Öteki: Erken Dönem Müslüman Topluluklarında Öteki İmgesi Üzerine Bir İnceleme’ (2021) 7(2) Yakın Doğu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 258.

⁶⁴ Cafer Sadık Yaran, İslâm ve Öteki: Dinlerin Doğruluk, Kurtarıcılık ve Birarada Yaşama Sorunu (İstanbul: Kaknus Publications 2001) 11.

⁶⁵ Kumaş (n 16) 172-173.

to abolish previous religions or to destroy their followers. Therefore, Islam has a structure that defines itself not with beliefs that it considers enemies but with its friends. Religiously, everyone is descended from the same mother and father; therefore, everyone has kinship/brotherhood. It also aims to reveal common points with other religions. Thus, an environment of dialogue is established between Islam and other religions. While presenting its values and teachings, Islam sometimes criticises different beliefs but does not contain hostile discourses against them. So much so that creator said to the Prophet, "Call to the way of your God with wisdom and good advice, and fight them in the best way." It was commanded, and he was advised to explain religion to people. The fact that the Prophet made an agreement (Medina Convention/Document) with the Jews and formed the political basis of living with them right after he came to Medina can be considered an indication that there was no hostility and that the lifestyles of others were respected.

Based on the information in the Qur'an and Sunnah, it is possible to explain the groups that can be considered other: Polytheists, Jews, Christians, Sabians, Magi, Dehri, Hypocrites and Apostates.

b. The Concept of the Worldly Other

All people interact with each other. Apart from religion, people from different faiths coexist in various fields. The concept of the other, which people who live in multiple groups in worldly life only by contacting each other, use to describe those who are not their own, is also valid for groups that have adopted the Islamic belief. They lived, believed, acquired property, married, had children, etc. It is necessary not to interfere with the most fundamental rights.

4. Human-Centered Law in Islam

Even if people do not have the same religion or values, they must have various rules to live together and maintain this without conflict. Based on the belief that Allah is the Creator of all living things, Islam advises that every living thing should be given this value. However, as a requirement of the human understanding of Islam, all individuals, Muslim-non-Muslim, free-slave, male-female, and child-adult, are subjects of law and have certain rights and powers. Again, although the rights are equal according to religion, there is no requirement to have the same legal order.

According to Islam, although all people have the same fundamental rights, the reflection of these rights in practice may be different due to the religion or culture of the individual. Undoubtedly, it is difficult to say that equality is used in every segment of society in every Islamic legal order. However, although correct practices are not applied in practice, the primary sources of Islam, the Qur'an, the life of the Prophet⁶⁶ and the Sunnah's, suggest equality and good communication. Due to the different practices in historical processes, the claims of some orientalis that non-Muslims living in Islamic society are deprived of fundamental human rights and are subject to law continue today⁶⁷.

5. Example of Legal Pluralism in Islamic Law: The Medina Convention

The primary purpose of the Prophet Muhammad, who migrated to Medina after 12 years of Mecca, which passed with various troubles and uneasiness after he became the messenger of Allah, was to tell people about the hereafter, belief in Allah, worship and basic moral rules. As a matter of fact, during the period of immigration to Medina, the current social conditions of Mecca were a place where suitable needs could not be provided for the dissemination and correct understanding of religion. While Islam advises believers to socialise, this could not be achieved in Mecca, and the hijra took place in 622. This new settlement environment is where theoretical knowledge can be put into practice for the socialisation of Muslims. But since this migration has the potential to cause conflicts between Meccan immigrants and Medina's Ansar (In Islamic literature, "Ansar" was used for the Muslims of Yathrib -Medina- who belonged to the Aws and Khazraj tribes, who helped them immensely by sheltering and protecting the Prophet and the immigrants in their homes); after the migration, brotherhood was declared between these two groups.

Prophet Muhammad was trying to create an organisation that included everyone living in Medina here. A large meeting was organised with the participation of both Muslims and non-Muslims to prevent the problems that may arise in Medina, as well as to solve the existing instability; Here, blood feuds were forbidden, and it was decided that all groups of the society should join

⁶⁶ For example, In the agreement that the Prophet made with the Christians of Najran, their property, lives, lands, religion, ready and absent tribes, their churches are in the embezzlement of Allah and his messenger Muhammad, and no uskuf (bishop) can be prevented from his duty, no priest from his priesthood, and that no soothsayer can be prevented from being a priest. (See: Ebû Yûsuf, Yâkub b. İbrahim (d. 182/798), Kitâbu'l-Harâc).

⁶⁷ Kumaş (n 16) 166.

forces for the protection of Medina. In this meeting, a consensus was reached on the main topics and the principles that will re-establish the social structure; “Kitab (Book)” with its classical name and the Medina Convention with its name in the literature⁶⁸.

In addition to ensuring that different tribes respect each other’s lifestyles, this contract includes additional legal considerations on rulership and judiciary. For example, according to the convention, a person who commits a crime against a tribe will be deemed to have committed a crime against all segments of society. The provisions on murder are a clear example of this. For a person killed in a tribe, it will not be considered a crime only in that tribe, but it will be a crime for the whole society. The common attitude of all parties towards those who plan and implement crime is valuable in terms of socialisation and is an actual example of crime and central law⁶⁹.

The new formation in Medina has three foundations. The first is the construction of a masjid where Muslims can come together and sometimes discuss the state’s most critical issues. The second step is the establishment of a true brotherhood between the refugees from Mecca and the Ansar Muslims from Medina. The third step is to prepare and announce a text that regulates the life order of Muslims among themselves and their relations with non-Muslims. With this text, the provisions that made the groups in Medina a society but considered these groups equal and left them free in their religion were mutually accepted.

Naming the text in question the ‘Convention/Constitution of Medina’, Hamidullah argues that with this constitution, the procedure for individuals and tribes to establish their rights has been abandoned, and the power of judgment and execution has been transferred to the central authority. This determination may give the impression that a single legal system valid for everyone has moved from a plural structure. However, the foremost authority adopted an understanding that listens to the plural structure instead of accepting a standard legal system valid for all people. Therefore, non-Muslim tribes also preserved the opportunity to apply to their jurisdictions according to their laws⁷⁰.

⁶⁸ Okur (n 50) 27-28.

⁶⁹ *ibid* 28-29.

⁷⁰ Tögel (n 3) 78-79.

B. The Application of the Concept of Pluralism in the Context of the Ottoman Millet System

The Ottoman Empire was founded in 1299 and has hosted many changes in the field of law throughout its existence. Especially in the period when modern law emerged and developed in the Western world, even though it was affected by this change, it continued to adopt the rules of Islamic Law. Its attempt to blend Western and Eastern legal systems places the Ottoman Empire at the centre of research as an actual example.

Undoubtedly, there have been periods of divergence from the ideal regarding implementing Islamic Law in the process of change and transformation. But especially after the Tanzimat period, necessary steps were taken in the field of human rights and equality in the Ottoman Empire. Ottoman Turks began to capture universal human rights standards at their classical age (14th Century-19th Century). In sum, in the Ottoman Era, personal rights and freedoms were fundamental; the Qur'an provided their legal basis. Even in the early 16th century, before medical surgery was popular, patients had to sign a paper waiving their rights to the courts before any medical operations were performed, and jobs in the public service sector under the Ottomans, were equal for Muslims and non-Muslims⁷¹. Like other Islamic states, the founding element of the state in the Ottoman Empire were Muslims.

Although non-Muslims who deserve to live in Islamic society by agreeing with Muslims are equal regarding rights and responsibilities, political supremacy belongs to Muslims⁷². However, it should be noted that during the Ottoman era, many Vezirs (State ministers) or Grand Vezirs (Prime Ministers) were appointed non-Muslims or other Muslim races who were not Turks⁷³. Sharing the highest political positions with non-Muslim citizens was a great discovery at that time.

Islamic law was accepted as the official legal order of the state; The legal status of non-Muslims was determined as suggested by this legal system. Of course, although living conditions, foreign policy and socio-political conditions are influential in determining the place of non-Muslims in the legal order; The area created for them to decide on their fundamental rights and freedoms or

⁷¹ Fatih Öztürk, 'The Ottoman Millet System' (2009) 16 *Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi* 75.

⁷² Hoş (n 2) 215.

⁷³ Öztürk (n 71) 74.

their own legal rules have also been shaped according to Islamic rules. Especially after Fatih Sultan Mehmet (1451-1481), a central administrative mechanism called the millet system was tried to be developed. For the period of the Ottoman, the most crucial thing was religion and family supremacy; in other words, the millet system favoured the “fusion of family and the community”⁷⁴.

So, first of all, it is necessary to explain in what sense the Ottomans used the word millet. Accordingly, the concept of millet (nation) is far from its current meaning, expressed not by those from the same ethnic group but members of the same religion. In other words, in the Ottoman Empire, tribes were classified according to their faith, and as a result, the state established a hierarchy. While the Ottoman Millet System consisted of three great nations (millet-i Erbia), first of all, Greeks, Armenians and Jews, Catholic and Protestantism were accepted as separate nations in the 19th century. These groups are allowed to be led by their chosen spiritual leaders.

Even when these people do not have the authority determined by law, they can use the state’s law enforcement. Thus, conflicts between groups were tried to be prevented, aiming to establish healthier internal relations. In some periods of the Ottoman Empire, spiritual leaders were chosen and appointed by the state by individuals belonging to the relevant religion. In the eyes of the state, these are the people who have the authority to defend their communities’ rights and convey their wishes to the institutions of the state. In return for this authority, these leaders were also requested to maintain order in their communities on behalf of the state. The community members’ disrespect and collective revolts against these leaders were deemed to have been made against the state⁷⁵.

It is possible to collect the powers given to the spiritual leaders by the state during the Ottoman periods under different classes as judicial and criminal, administrative, financial, and personal. From this point of view, the Ottoman Millet system is an essential and long-term example of legal pluralism. In the Millet System, nations “were treated like corporate bodies and allowed their internal structures and hierarchies; indeed, the Ottoman State encouraged this by dealing exclusively (most of the time, but not all the time) with their head figures rather than the individual members”⁷⁶.

⁷⁴ ibid 72.

⁷⁵ Kumaş (n 16) 198.

⁷⁶ Öztürk (n 71) 74.

Non-Muslims depended on their leaders in matters directly related to law, such as marriage, divorce, alimony, inheritance, and foundation establishment within their communities. The central legal system refrained from imposing a sanction on these issues in other religions. In addition to the above matters, within the Ottoman Empire, the solution authority in the cases of non-Muslims related to their faith was their leader. By adopting their legal system, especially the Greeks, who are a vast group, it is known that they continued the Roman law and the Byzantine judicial tradition⁷⁷.

Another information that needs to be conveyed is that spiritual leaders do not have the authority to hear criminal cases. When it comes to a criminal case for anyone living in the Ottoman lands, the Shari'a Courts are authorised. Crimes such as killing, adultery, stealing or extortion are punished according to the provisions of Sharia. Based on this, the logic of the related crimes against society was found. However, although it is a crime in terms of Islam, matters that are not considered crimes in other belief systems or crimes that are not committed are excluded from the central legal rules. In some cases, it is seen that various other exceptions and facilities were made for non-Muslims within the Ottoman Empire. Although it was not implemented during the Fatih period, it was observed that non-Muslims were subjected to a distinction in the form of paying half of the penalty given to Muslims, especially in financial penalties with Kanuni⁷⁸.

As a result of the codification activities that started in the last period of the Ottoman Empire, the pluralist legal structure based on the millet system was terminated, and a legal form was created in which all tribes were seen as having equal status with a centralised understanding. Even in family law, where non-Muslims were always treated differently throughout the Ottoman Empire, there was a need for the state to regulate and issue a new decree binding all tribes. The justification of the Law of the Family Decree published on October 25, 1917, contains the following statement: "It has been stated that it is easy for Muslims to base the law based on the inventions of civilisation on the principles of Fiqh, and for non-Muslims, the necessary provisions will be taken from the laws of their religion and sect, and the law will be compiled to apply the common rules to everyone".

⁷⁷ İbrahim Durhan, 'Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler' (2008) 12 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 58-59.

⁷⁸ Kumaş (n 16) 198.

As a result of the codification activities that started in the last period of the Ottoman Empire, the pluralist legal structure based on the millet system was terminated, and a legal form was created in which all tribes were seen as having equal status with a centralised understanding. Even in family law, where non-Muslims were always treated differently throughout the Ottoman Empire, there was a need for the state to regulate and issue a new decree binding all tribes. The justification of the Law of the Family Decree published on October 25, 1917, contains the following statement: "It has been stated that it is easy for Muslims to base the law based on the inventions of civilisation on the principles of Fiqh, and for non-Muslims, the necessary provisions will be taken from the laws of their religion and sect, and the law will be compiled to apply the common rules to everyone".

With the regulation in the Fatih period, it was decided that non-Muslims could sell alcohol in taverns in their neighbourhoods. Although the dhimmis had the right to use religious symbols publicly, they were not allowed to perform loud rituals, ring bells, or erect crosses on the roads. In addition, some regulations on the dress, which were applied in previous Islamic countries, prohibitions such as not riding horses in the city and not employing enslaved Muslims and concubines were also used in the Ottoman state. But the Tanzimat Edict declared by Mahmud II. in 1838 abolished the distinction between Muslims and non-Muslims in the context of fundamental rights. The idea of equality defended by this edict, by the idea of Hanafi "ismet", offered equal rights and powers to everyone⁷⁹.

CONCLUSION

Researchers, who think that the multi-legalism that emerges with the simultaneous application of different legal systems existing in geography has positive effects on people, argue that the state does not have absolute dominance over individuals and groups and that people thus gain the ability to direct the power holders and the institutions of the state. According to researchers who have this idea, only the application of state law can lead to a distance between the state and society over time. The law can become a tool for the domination of the power holders in such cases. Again, the understanding of the law, which is far from the conflicts in the state's social life, will not be

⁷⁹ Kumaş (n 16) 199; Hoş (n 2) 214-215.

realistic for solving the problems. Creating an environment where people will want to avoid resorting to the law for an answer is inevitable. Whereas as long as the relationship between law and culture continues, the way for expressing identity and freedom will be cleared. In this way, the movement area of many liberties of individuals will naturally be formed. The existence of a fixed and single legal system will cause the cultural and identity elements of people to change over time and will pave the way for the loss of values.

A single legal system will appear as one of the most critical obstacles to multiculturalism. This is also an essential obstacle to the discovery of individual potential. In addition, leaving the law to the state's monopoly may cause the law to become an element of fear and punishment. Based on all these, legal pluralism is a key that opens the way for freedom and development. But this is not the only advantage. In a social order that allows different groups of people to have their own legal rules, there is also the possibility of increasing mutual respect and tolerance. It will be possible to minimise conflicts between different groups or people belonging to other groups and to get the support of various groups for competence and state administration simultaneously. Legal pluralism is only sometimes sufficient to obtain these benefits. In cases where many different groups live together, there is a need for legal rules that everyone must comply with simultaneously for the state's authority to be felt.

Although applying legal rules that overlap with culture and identity in social life can be tolerated, it is necessary to create social awareness by giving common duties and responsibilities. Otherwise, there is a possibility that an endless number of legalities will emerge and that they will break out of control. This approach may not create a realistic situation for solving problems. As a result, even if legal pluralism does not lead separate blocs in society to live in harmony, it is essential to stabilise their legal status against each other and live in peace. In the historical process, the state machine has become stronger daily. The concept of the nation-state emerged with the modern state, and in this context, ideas developed in parallel with the concept of the nation-state. While some national state perceptions and practices disregard the values mentioned above, which are the achievements of humanity, some give importance to the rule of law to protect these values. The understanding of legal pluralism in nation-states has been evaluated negatively as it will weaken the authority and create an uncontrolled space. Because in such wild areas, the values in question can be violated, representing a return from the gained values.

Considering that law has a purposeful and normative structure, it can be accepted that it has purposes such as justice, social order and security. For these purposes, ensuring social order and security are phenomena that can be realised with the organised mechanism of the state. To achieve this, the state machine has to implement practices without referring to distinctions such as religion and ethnicity. However, the awards that deepen due to cultural and religious differences may be questioned in understanding legal pluralism. In the historical process, these socio-political differentiations have been used by colonial states to create new power relations.

Especially in societies where tolerance is not dominant and there is a risk of internal conflict, understanding legal pluralism may cause disputes between groups. These practices may lead to the deterioration of social order and peace. While it is foreseen that the understanding of legal pluralism will alleviate the judicial burden of the central state, the confusion that will arise due to the desire of each culture to apply its own rules is ignored. It will be possible for each individual or group that sees themselves as different from other people in the society to have partially or entirely different rules of law, in which case, as the fragmented structure increases, the powers that we can call legal rules will also increase, maybe after a while, the rules will become uncountable. It will be utterly inextricable which group's rule will be applied to which concrete event. Legal turmoil will arise if such an understanding is realised, and significant problems may occur in the proceedings⁸⁰.

⁸⁰ Hoş (n 2) 188-189.

BIBLIOGRAPHY

- Akçabay FC, 'Çoğunluk vs. Azınlık: Demokratik Hukuk Devletinin Gerçekleşme Koşulu Olarak Sivil İtaatsizlik' (2014) 3 (6) Anayasa Hukuk Dergisi 105-131
- Almas D, 'Modern Hukuk Karşısında Örfi Hukukun Varlığını Sürdürmesinin Sosyolojik Nedenleri: Şanlıurfa Örneği' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Aslan S, 'Türkiye'de Sivil Toplum' (2010) 9 (31) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 260-283
- Aydın A, 'Modern Hukukta ve Hanefi Mezhebinde Öldürme Türlerinin Maddi ve Manevi Unsurlar Açısından Mukayesesi' (2018) 7 Mîzânü'l-Hak İslami İlimler Dergisi 13-42
- Aydın DH, 'Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi' (2014) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 487-505
- Aydın Ö, 'Avrupa Ortak Hukuk Mekanında Demokratik Toplum Düşüncesinin İnşası' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008)
- Burke-White W, 'International Legal Pluralism' (2004) 25(4) Michigan Journal of International Law 963-979
- Can M, 'İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi' (2019) 23 (Özel Sayı) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2155-2167
- Demir A, 'İslam'da İnsan Hakları' (2018) II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri 517-533
- Demir A, 'Jean-Luc Nancy'nin Siyaset Felsefesinde Çoğulculuk ve Demokrasi' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Dingledy FW, 'The Corpus Juris Civilis: A Guide to its History and Use' (2016) 123 Library Staff Publications 1-42, <<https://scholarship.law.wm.edu/libpubs/123>> Erişim Tarihi 19 October 2023
- Durhan İ, 'Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler' (2008) 12(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55-111
- Emiroğlu H, 'Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu' (2002) 51(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-96
- Hakyemez YŞ, 'Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-92
- Hoş HS, 'Hukuki Çoğulluk' in Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur and Saim Üye (eds), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI* (İstanbul Barosu Yayınları 2014)
- Hoş HS, 'Hukuki Çoğulluk Kavramının Osmanlı Millet Sistemi Bağlamında Değerlendirilmesi ve İsrail Uygulaması' (2020) 42 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 203-230
- Koca F, 'İslam Hukukunda Kaynak Kavramı ve Kaynaklar Hiyerarşisi Üzerine Bazı Düşünceler' (Çorum 14-15 Mayıs 2004) İslam Hukuku Anabilim Dalı Eğitim-Öğretim Meseleleri Koordinasyon Toplantısı ve İslam Hukuk Usulünün Problemleri Sempozyumu 21-36

- Koçak T, 'Geç Antik Çağ'da (Doğu Roma) Bizans Hukukunun Tarihi Seyri' (2019) 21(Özel Sayı) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 125-132
- Köroğlu M, 'İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar' (2015) 43 Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 214-238
- Köse HM, 'Georges Gurvitch'in Hukuk Sosyolojisi Alanında Türkiye'ye Etkisi' (2002) 51(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-115
- Köse S, 'İslam'da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri' (1996) 1(2) İLAM Araştırma Dergisi 7-52
- Kumaş MS, 'Çok-Hukuklu Sistem ve İslam Hukukundaki Yeri' (2007) (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007)
- Menekşe Ö, 'İslam Düşünce Tarihinde Devlet Anlayışı: Mâverdi ve Nizâmülmülk Örneği' (2005) 5(2) Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi 193-211
- Merry SE, 'Colonial Law and its Uncertainties' (2010) 28(4) Law and History Review 1067-1071
- Oder BE, 'Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler' (2005) 21(1) Anayasa Yargısı 168-215
- Okur KH, 'İslam Hukuku Açısından Toplum Hukuk İlişkisi' (2020) 4(2) Kocaeli İlahiyat Dergisi 7-46
- Ovacı V, 'İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri' (2015) 7(7) Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 69-80
- Özdemir N, 'Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: Roman Hukuku ve Aborijin Hukuku' in Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur and Saim Üye (eds), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI* (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 363-374
- Özel C, 'İslam ve Öteki: Erken Dönem Müslüman Topluluklarında Öteki İmgesi Üzerine Bir İnceleme' (2021) 7(2) Yakın Doğu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 239-292
- Öztürk F, 'The Ottoman Millet System' (2009) 16 Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi 71-86
- Rottleuthner H, 'Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk' (2013) 3(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-76
- Saim Ü, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk* (Turhan Kitabevi 2013)
- Schacht J, *The Legacy of Islam* (Oxford Paperbacks 1979)
- Soykan ÖN, 'İnsan Hakları: Kavramsal Bir Çözümleme' (2013) 66 Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 229-246
- Şahin Ç, 'Hukuki Çoğulluk Bağlamında Alevi Hukuku' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015)

- Tamahana BZ, 'A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism' (2000) 27(2) *Journal of Law and Society* 296-321.
- Tamanaha BZ, 'Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global' (2008) 30 *Sydney Law Review* 375-411, <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2008/20.pdf>> Erişim Tarihi 20 October 2023.
- Tögel A, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem* (Adalet 2016)
- Türcan T, 'Fıkıh ve Hukuk-İslam Hukuku Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 24 *Eskiye*ni 19-25
- Yaman A, 'İslam Hukuk İlmi Açısından Makâsid İctihadının ya da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine' (2002) 2(1) *Marife Journal* 25-51
- Yaran CS, *İslâm ve Öteki: Dinlerin Doğruluk, Kurtarıcılık ve Birarada Yaşama Sorunu* (Kaknus Publications 2001)
- Yavuz B, 'Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları' (2009) 13(1) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 283-302
- Yüksel M, 'Modern Toplumda Hukuk Kültürü' (2013) 8(Özel Sayı) *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 3239-3264

Legal Status in the Donbas Conflicts: Foreign Fighters, Mercenaries, Far-Right Radicals(*)

Av. Ömer Faruk GÖK(**)

Abstract

On January 6, 2021, an armed group of about two thousand people, who could not accept the loss of the election of former President Donald Trump, stormed the US Capitol. David C. Rapoport, who received many references to the wave theory of his in terrorism studies, penned an article on the Capitol Attack and said that he wondered what could happen when far-right actions coalesce into big movements. February 23, 2022, as the United Nations Security Council convened to resolve the ongoing tension between Russia and Ukraine, Russian President Vladimir Putin authorized the entry of the Russian Army into Ukraine on television screens. He said the 'special operation' was carried out under Article 51 of the United Nations Charter.

The Donbas Conflict, which has been going on since 2014, seems to have presented a historic opportunity to the far-right radicals. Special military forces, foreign fighters, far-right radicals, terrorist organizations, states used force/violence. The conflicts attracted the attention of far-right radicals, and radicals found ample scope for legitimate use and access to the means of violence. The aim of the study is to present the legal framework of the space created by the *Donbas Conflicts* for far-right radicals. For this purpose, the legal framework applicable to the conflict will be drawn, the rights and authorities granted to the actors within this legal framework will be determined, and it will be investigated what kind of freedom the far-right radicals have achieved within this legal framework.

Keywords

Far-Right Radicalism, Terrorism, Donbas, Ukraine, Legal Framework.

(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.10.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2023](#).

[Atıf Şekli:](#) Ömer Faruk Gök, 'Legal Status in the Donbas Conflicts: Foreign Fighters, Mercenaries, Far-Right Radicals' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1353, 1393.

[DOI:](#) 10.52273/sduhfd..1378211.

(**) İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye.

[E-posta:](#) ofg@nmr.legal.

[Orcid:](#) <http://orcid.org/0000-0001-5615-8980>.



Donbas Çatışmalarında Hukuki Durum: Yabancı Savaşçılar, Paralı Askerler, Aşırı Sağ Radikaller

Öz

6 Ocak 2021, eski Başkan Donald Trump'ın seçimi kaybetmesini kabullenemeyen yaklaşık iki bin kişilik silahlı bir grup ABD Kongre Binasını bastı. Kongre Baskını üzerine yeni bir makale kalem alan ve terörizm çalışmalarında dalga teorisi pek çok atıf alan David C. Rapoport aşırı-sağ eylemlerin birleşerek büyük hareketlere dönüştüğünde neler olabileceğini merak ettiğini söylemekteydi. 23 Şubat 2022, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Rusya ve Ukrayna arasında süregiden gerilimin çözümü için toplanmışken, Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin televizyon ekranlarından Rus Ordusu'nun Ukrayna'ya girişi için yetki vermiş. 'özel operasyonun' Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51. maddesi uyarınca yapıldığını söylemiştir.

2014'ten beri süren *Donbas Çatışmaları* aşırı sağ radikallere tarihi bir fırsat sunmuş gibi gözükmektedir. Özel askeri kuvvetler, yabancı savaşçılar, aşırı sağ radikaller, terör örgütleri, devletler kuvvet/şiddet kullandılar. *Çatışmalar*, aşırı sağ radikallerin ilgisine mazhar oldu ve radikaller şiddet araçlarına erişim ve meşru kullanım için büyük bir alan buldular. Çalışmanın amacı *Donbas Çatışmalarının* aşırı sağ radikaller için yarattığı alanın hukuki çerçevesini sunmaktır. Bu amaçla öncelikle *Çatışmalara* uygulanabilir hukuki çerçeve çizilecek, bu hukuki çerçevede aktörlere tanınan hak ve yetkiler belirlenecek ve aşırı sağ radikallerin bu hukuki çerçeve içinde nasıl bir serbesti elde ettiği araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Aşırı Sağ Radikalizm, Terörizm, Donbas, Ukrayna, Hukuki Çerçeve.

I. INTRODUCTION

On January 6, 2021, nearly two thousand armed individuals who could not accept former President Donald Trump's loss in the 2020 Presidential Election stormed the U.S. Capitol to prevent the certification of election results. David C. Rapoport, known for his wave theory that distinguishes terror activities across generations, published an article in July 2021 titled "The Capitol Attack and the 5th Terrorism Wave."¹ Despite the title, the author did not claim that far-right radicalism constitutes the fifth wave of terrorism but expressed curiosity about what could happen when far-right actions coalesce into large movements. Although it's debatable whether far-right radicalism will form a new wave², it can be said that far-right activities are on the rise³.

On February 23, 2022, while the United Nations Security Council was convening to resolve the ongoing tension between Russia and Ukraine⁴, Russian President Vladimir Putin authorized the entry of Russian military forces into Ukraine via a televised address⁵. He stated that the 'special operation' was conducted under Article 51 of the United Nations Charter⁶. Putin described the

¹ David C Rapoport, 'The Capitol Attack and the 5th Terrorism Wave' (2021) 33 *Terrorism and Political Violence* 912, 912-916 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2021.1932338>> accessed 6 February 2022.

² Vincent A Auger, 'Right-Wing Terror: A Fifth Global Wave?' (2020) 14 *Perspectives on Terrorism* 88; Amber Hart, 'Right-Wing Waves: Applying the Four Waves Theory to Transnational and Transhistorical Right-Wing Threat Trends' [2021] *Terrorism and Political Violence* 1 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2020.1856818>> accessed 9 August 2022.

³ Auger (n 3) 93.

⁴ 'Russian Federation Announces "Special Military Operation" in Ukraine as Security Council Meets in Eleventh-Hour Effort to Avoid Full-Scale Conflict' <<https://press.un.org/en/2022/sc14803.doc.htm>> accessed 6 August 2022.

⁵ Vladimir Putin, "'No Other Option": Excerpts of Putin's Speech Declaring War' (*Al Jazeera*, 24 February 2022) <<https://www.aljazeera.com/news/2022/2/24/putins-speech-declaring-war-on-ukraine-translated-excerpts>> accessed 7 August 2022 Two days prior to the Operation, Russia recognized two opponents of Ukraine as states. Namely, Donetsk People's Republic ('DPR') and Luhansk People's Republic ('LPR').

⁶ The article has previously been cited as a justification for many military interventions of questionable legality. Nesrin Singil, 'Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkında Yeni bir Yaklaşım: İsteksiz veya Aciz Devlet Doktrini' (2021) 29 *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2837 <<https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.15337/suhfd.937045>> accessed 7 August 2022; William N Lobel, 'The Legality of the United States' Involvement in Vietnam -- A Pragmatic Approach' (1969) 23 *University of Miami Law Review* 792 <<https://repository>.

operation's objectives as disarmament and de-Nazification; Russia's UN representative also said that Ukraine had violated the ceasefire agreement 2,000 times, detonated 1,500 bombs, and the requests for assistance from Donetsk and Luhansk People's Republics provided a legitimate cause for the operation⁷. Russia had first annexed Crimea in 2014 and then organized and supported separatist forces in the Donbas region. In 2022, Russia deployed its military into Ukraine, citing the ongoing eight-year conflict in Donbas as justification. The study examines which legal norms could be applied to the Donbas Conflict prior to Russia's intervention.

It's worth recalling that fundamentalist terrorist organizations learned a lot from camps in Afghanistan and Bosnia, and new-left terrorist organizations from the Bekaa Valley. The U.S. is well-known for providing the freedom of thought that leads to organized capability. It is also a fertile ground for far-right radicals. The Southern Poverty Law Center, which has published annual reports on hate groups since the 1990s, identified 733 hate groups in 11 specific categories, including 92 militant and 488 anti-government organizations, in the U.S. in 2021⁸. The phenomenon of far-right radicalism is not unique to the U.S. Similar and related organizations exist in Europe and Australia, where far-right radical views are gaining ground.

It seems that the Donbas Conflicts have offered a historic opportunity for far-right radicals. The Donbas Conflicts, which began in 2014, have seen a diversification of weapon use between state and non-state actors. Private military forces, foreign fighters, far-right radicals, terrorist organizations, and states have

law.miami.edu/umlr/vol23/iss4/7> accessed 7 August 2022; Wiwilliem Rizki Limboto and Teddy Nurcahyawan, 'Pre-Emptive Self-Defence on Israel Hezbollah Armed Conflict Under International Law' (2018) 1 Jurnal Hukum Adigama 686 <<https://journal.untar.ac.id/index.php/adigama/article/view/2163>> accessed 7 August 2022; Jordan J Paust, 'Use of Military Force in Syria by Turkey, NATO, and the United State' (2012) 34 University of Pennsylvania Journal of International Law 431 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/upjil34&id=455&div=&collection=>>>; For a summary of the German Federal Court's discussion on whether the article could form the legal basis for the military intervention against ISIS in Syria, see. Stefan AG Talmon, 'German Constitutional Court Considers Self-Defence Against Non-State Actors a Tenable Interpretation of Article 51 of the Un Charter' [2019] SSRN Electronic Journal <<https://www.ssrn.com/abstract=3473211>> accessed 7 August 2022.

⁷ 'Russian Federation Announces "Special Military Operation" in Ukraine as Security Council Meets in Eleventh-Hour Effort to Avoid Full-Scale Conflict' (n 5).

⁸ Cassie Miller and Rachel Carroll Rivas, 'The Year in Hate and Extremism 2021' (Southern Poverty Law Center 2022) Annual 40ff.

all used force/violence. The conflicts attracted the attention of far-right radicals, who found ample space for access to and legitimate use of violent means.

The aim of the study is to present the legal framework within which the Donbas Conflicts have created space for far-right radicals. To achieve this, the applicable legal framework for the Donbas Conflicts will first be outlined. Within this legal framework, the rights and powers granted to the actors will be determined, and the degree of latitude that far-right radicals have gained within this legal framework will be investigated.

II. THE DONBAS CONFLICTS

A. Material Situation

In 2014, in an environment where cooperation agreements aimed at political and economic integration between Ukraine and the European Union were being discussed, despite the parliamentary resolution supporting the agreements, Ukrainian President Viktor Yanukovich's presidential decree indicating that the country's political and economic course could turn towards Russia led to the EuroMaidan Protests. These protests evolved and strengthened into the Revolution of Dignity, which was militarized by Ukraine's far-right⁹. Yanukovich fled the country on February 24, and Crimea was annexed by Russia on March 16. The Donbas Conflicts began with the occupation of Donetsk and Kharkiv governorate buildings on April 6-7 and the capture of the Ukrainian Secret Service building in Luhansk¹⁰.

In the cities, airports, and border regions of the Donbas area, fighting intensified from June and continued into the autumn with the active participation of Russian forces¹¹. The parties signed the Minsk Protocol in September 2014, which included a ceasefire, withdrawal of heavy weapons from the front, and constitutional reforms. When the conflict did not completely subside within the framework of this protocol, the parties signed the Second Minsk Protocol in

⁹ Alex MacKenzie and Christian Kaunert, 'Radicalisation, Foreign Fighters and the Ukraine Conflict: A Playground for the Far-Right?' (2021) 10 *Social Sciences* 116, 4ff <<https://www.mdpi.com/2076-0760/10/4/116>> accessed 1 August 2022.

¹⁰ Ibrahim Muradov, 'The Donbas Conflict as a Form of Hybrid Warfare: A Neoclassical Realist Analysis' (PhD, Middle East Technical University 2019) 150.

¹¹ Oleksander Melnyk, 'War Dead and (Inter)-Communal Ethics in the Russian-Ukrainian Borderlands: 2014-2018' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022) 127.

February 2015 and eventually managed to halt high-intensity fighting. However, the disagreement has not been resolved, and hostilities continue; ceasefires have been violated thousands of times. Ultimately, Russia recognized the Donetsk and Luhansk People's Republics as separate states and intervened in Ukraine on February 24, 2022. Due to the Donbas Conflicts, over fourteen thousand people have lost their lives, and two million have been forcibly displaced¹².

The Donbas Conflicts have had an international character from the outset. This evaluation is less a legal determination of the conflict involving interstate use of force, and more about the political ground that led to the conflict and the direct or indirect use of states' power to benefit one side or the other, along with the involvement of various national and international actors. Four days before the conflicts began, the U.S. Congress enacted the Support for the Independence, Integrity, Democracy, and Economic Balance of Ukraine Act on April 3¹³. The U.S. motivation was likely to counterbalance, if not eliminate, the threat Russia posed to Ukraine and the expansion of the North Atlantic Bloc after the annexation of Crimea.

Although Russia continuously denies Ukrainian claims that it is involved in the Donbas Conflicts, its interest in Ukraine's internal politics and the country's political and economic course is a historical fact¹⁴. Furthermore, Ukraine is not the first country where Russia has employed similar foreign policy techniques¹⁵, utilizing various hybrid warfare methods¹⁶. Russia has supported the Ukrainian forces by facilitating the passage of foreign fighters, allowing weapons to be smuggled into the region, providing training and armaments¹⁷, repelling

¹² Şennur Özdemir and Ayça Eminoğlu, 'Yeni Nesil Savaş: Rusya'nın Donbas'ta Uyguladığı Hibrit Savaş Yöntemi' (2022) 15 *Hitit Sosyal Bilimler Dergisi* 67, 75 <<https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.17218/hititsbd.1066684>> accessed 25 September 2022.

¹³ Support for the Sovereignty, Integrity, Democracy, and Economic Stability of Ukraine Act of 2014 2014 1088.

¹⁴ For a detailed reading, see. Halit Burak Uyaniker, 'Kırım Sorunundan Donbas Savaşına Rusya Ukrayna Uzlaşmazlığı' (2018) 15 *Karadeniz Araştırmaları* 137.

¹⁵ see Göktürk Tüysüzoğlu, 'Rusya Dış Politikası'nın Etkin Silahı: Donmuş Çatışma Bölgeleri' (2017) 13 *Güvenlik Stratejileri Dergisi* 185 <<https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.17752/guvenlikstrj.356957>> accessed 25 September 2022.

¹⁶ Muradov (n 11) ch 6.

¹⁷ Ivan Katchanovski, 'The Separatist War in Donbas: A Violent Break-up of Ukraine?' (2016) 17 *European Politics and Society* 473, 8 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23745118.2016.1154131>> accessed 22 August 2022; Yevhenii Tsymbaliuk, 'On Russia's Ongoing Aggression against Ukraine and Illegal Occupation of Crimea' <<https://www.osce.org/files/f/documents/b/a/511390.pdf>> accessed 30 October 2022

Ukrainian forces with artillery fire from the border, breaking sieges in encircled cities through special operations, and assisting with cyberattacks, intelligence, and information¹⁸. Russian special forces units (commonly known in Ukraine as ‘little green men’, wearing Russian uniforms without Russian insignias and using Russian-made weapons) have organized and directed the resistance¹⁹. Russian special military forces known to be deployed later in Mozambique, Libya, Central African Republic, and Syria²⁰ are also known to have fought in the Donbas Conflicts for various operational objectives²¹.

In his 2016 article, Katchanovski states that the Donbas Conflicts have become the largest conflict between Russia and the Western Bloc since the Cold War²². Despite the Russian intervention in 2022, NATO’s or other European powers’ reluctance to intervene directly, fearing it could lead to a third world war, also indicates the scale of the conflict.

B. Normative Assessment

The modes in which states use force, whether in armed conflicts characterized as wars or in limited armed conflicts that do not escalate to war²³, are being replaced by proxy wars and hybrid techniques²⁴. The efficacy of hybrid warfare techniques, economic advantages of using militia forces against armies, easier access to mercenaries, and above all, the legal responsibility associated with violations in conflicts have led to the abandonment of classical forms of force

¹⁸ Melnyk (n 12) 132.

¹⁹ Tor Bukkvoll, ‘Russian Special Operations Forces in Crimea and Donbas’ (2016) 46 *The US Army War College Quarterly: Parameters* 17ff <<https://press.armywarcollege.edu/parameters/vol46/iss2/4/>> accessed 19 August 2022.

²⁰ Steve Balestrieri, ‘Wagner Group: Russian Mercenaries Still Floundering in Africa’ (*SOFREP*, 19 April 2020) <<https://sofrep.com/news/wagner-group-russian-mercenaries-still-floundering-in-africa/>> accessed 30 August 2022; Sergey Sukhankin, ‘Russian Private Military Contractors in the Donbas: Rehearsing Future Voyages’ in David R Marples (ed), *The War in Ukraine’s Donbas: Origins, Context, and Future* (Central European University 2022) 197; Maria Tsvetkova, ‘Military Veterans to Kremlin: Come Clean about Syria Mission’ *Reuters* (5 July 2018) <<https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-russia-contracto-idUSKBN1J V2QL>> accessed 30 October 2022.

²¹ Sukhankin (n 21).

²² Katchanovski (n 18) 2.

²³ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (8th edn, Turhan 2009) 533.

²⁴ Jakob Hauter, ‘Delegated Interstate War: Introducing an Addition to Armed Conflict Typologies’ (2019) 12 *Journal of Strategic Security* 90, 90-103 <<https://www.jstor.org/stable/26851262>> accessed 29 September 2022

utilization. The abandonment of classical forms necessitates evaluating the normative contexts of hybrid models within the framework of judicial decisions.

Pazarıcı, citing the judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Tadic Case and the International Court of Justice ('ICJ') in the Nicaragua Case, states that in internal armed conflicts where foreign state combatants join forces with anti-government forces and directly clash with the legal government, the conflict will acquire an international character. If foreign state combatants are not directly in conflict with government forces but are indirectly using force to provide aid and support, this use of force can be evaluated based on its intensity. He notes that if the foreign state engages in "indirect use of force that can be described as an armed attack," the conflict will also acquire international characteristics, although the conflict between the government and opposing forces will not²⁵.

Regarding the characterization of the Donbas Conflicts, we should start by noting that there is no court decision defining whether the conflicts in that region are considered international. Ukraine has presented allegations against Russia related to violations of international treaties in Crimea and Donbas and claims of genocide before the ICJ²⁶. Whether a discussion regarding the nature of the conflict will occur is uncertain. Nevertheless, it can be said that determining the extent of Russia's control over Russian separatists could contribute, directly or indirectly, to the characterization of the conflict.

The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court stated in its 2016 preliminary examination report that evidence of Russian soldiers captured by Ukrainian armed forces indicates that the conflict has both internal and international characteristics. The investigation concerning Russia's command and control influence is crucial in determining whether the conflict is entirely international in nature²⁷. If the Office proves that Russia has control over the separatists in the court, the entire conflict might be considered with its international character.

²⁵ Pazarıcı (n 24) 533-535.

²⁶ Statements are still being collected for the investigations. 'Ukraine Institutes Proceedings against the Russian Federation and Requests the Court to Indicate Provisional Measures' <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-EN.pdf>> accessed 13 October 2023.

²⁷ The Office of Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities' [2016] International Criminal Court paras 169, 170 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf> accessed 13 October 2023

After Russia's intervention in 2022, it's evident that the conflict predominantly acquired international features. However, we can say that without the ICJ and International Criminal Court's capacity of investigation and legal assessments, a definite judgment on its nature is not possible. Hybrid methods like bombardments in border areas and attacks on telecommunication systems make a clear and distinct characterization challenging²⁸. This characterization has importance in determining the legal status of foreign fighters and mercenaries and in investigating the legal immunity of their hostile acts.

III. FOREIGN FIGHTERS

A. Material Situation

On April 12, 2014, Igor Girkin (Strelkov), who had played a significant role in Russia's annexation of Crimea²⁹, took control of police stations and security departments in the cities of Slavyansk and Kramatorsk in the Donbas region³⁰. Girkin is the commander of the separatist forces in the region. In a video interview, he states that half or two-thirds of the fighters are Ukrainian citizens, while the rest are foreigners. According to him, some of these volunteers have experience from Crimea, some from the Yugoslav Wars, and some from the Syrian Civil War. Girkin later became the military leader of separatist groups in the Donetsk conflict as well. Ukraine claims that Girkin is a former member of the Russian secret service.

Protestors and militant separatist organizations are two distinct things. A military organization requires military tactics, concrete objectives, experienced fighters, and heavy weapons. Following the Euromaidan protests, not just in Donbas but in many parts of the country, there have been protests and occupations of public buildings. However, actions in Donbas have differentiated from these protests and turned into a separatist movement³¹. Aleksandr

²⁸ Robert Heinsch, 'Conflict Classification in Ukraine: The Return of the "Proxy War"?' (2015) 91 *International Law Studies* 323, 354ff <<https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1264&context=ils>> accessed 30 October 2022.

²⁹ Paul Sonne and Philip Shishkin, 'Pro-Russian Commander in Eastern Ukraine Sheds Light on Origin of Militants' *Wall Street Journal* (Online, 26 April 2014) <<https://online.wsj.com/article/SB10001424052702304788404579526160643349256.html>> accessed 25 August 2022.

³⁰ Muradov (n 11) 151.

³¹ *ibid* 149ff.

Zakharchenko, the late leader of the Donetsk People's Republic, states that how their loosely organized partisan forces have evolved into a potent military force is questioned, however they never denied the presence of Russians among them³². In this context, we can say that foreign fighters are one of the significant powers of the separatist forces.

Ukraine, considering the memory of Crimea, political and cultural statistics of regional voters, and the role of Russia's 'secret service' agents in the coup, launched a military anti-terror operation in the region on April 13, 2014, with a brigade of approximately 5,000 people. However, due to the weakness and reluctance of its army, the government, with the support of oligarchs³³, has established over thirty volunteer teams or battalions³⁴. Some of these volunteer units consist of radical nationalists, neo-Nazis, and far-right groups, i.e., native volunteers who have also played a significant role in the Euromaidan Protests and the Revolution of Dignity³⁵. The other part consists of Ukrainians from the diaspora and other foreign elements³⁶.

According to research by the Soufan Center, as of June 2019, there are over 17,000 foreign fighters in Donbas from 55 countries such as Russia (12,000 on the separatist side, 15,000 people), Belarus (500 on the separatist side, 800 people), Germany (150 on the separatist side, 165 people), Georgia (120 on the Ukrainian side, 150 people), and Serbia (100 on the separatist side, 106 people)³⁷. Considering that the Arab Afghans during the Soviet Occupation in

³² Sukhankin (n 21) 192.

³³ Katchanovski (n 18) 8.

³⁴ Natalia Stepaniuk, 'Limited Statehood, Collective Action, and Reconfiguration of Citizenship in Wartime: Volunteer Engagement Amidst the Donbas War' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022) 90 It is said that only four percent of the Ukrainian army has access to materials like helmets and bulletproof vests.

³⁵ Katchanovski (n 18) 8.

³⁶ Kacper Rekawek, 'Neither "NATO's Foreign Legion" Nor the "Donbass International Brigades"' (2015) 6 *The Polish Institute of International Affairs* 12, 6-7.

³⁷ Information on the number of foreign fighters was compiled from open sources, propaganda pages, interviews with humanitarian organizations and journalists with direct contact in the region. 'White Supremacy Extremism: The Transnational Rise of the Violent White Supremacist Movement' (The Soufan Center 2019) <<https://thesoufancenter.org/wp-content/uploads/2019/09/Report-by-The-Soufan-Center-White-Supremacy-Extremism-The-Transnational-Rise-of-The-Violent-White-Supremacist-Movement.pdf>> accessed 31 August 2022.

Afghanistan numbered between 500-2000³⁸ (according to Schmidt 5,000-10,000³⁹) and those who went to Syria and Iraq between 2011-2015 were 15,000-25,000⁴⁰, it is understood that foreign fighters participating in the Donbas conflicts form a strong reserve.

B. Normative Framework

The first modern example was foreigners fighting on both fascist and anti-fascist fronts in the Spanish Civil War. Despite its long history, the concept of foreign fighters lacks a universally accepted definition in international law. Academic interest in the subject intensified following the phenomenon of jihadists migrating to Iraq and Syria, and various definitions have been proposed⁴¹.

Malet argues that defining a foreign fighter can be both difficult and unnecessary. However, he provides a classification in four categories for the appearance of foreign elements in conflicts. He defines a foreign fighter as “an individual who goes from a third country to a state experiencing internal conflict to join a resistance movement, and who is not a citizen of that state.”⁴² In the context of the Donbas Conflicts, this definition is partially inclusive due to reasons such as the conflicts not being purely internal, and foreigners joining not only resistance movements but also Kiev forces. Therefore, in this study, the term foreign fighter will be used for individuals who reside in a region not controlled by one of the conflict parties and are not citizens of them. This definition is adapted from the term ‘mercenary.’ However, the definition itself is still problematic as Ukraine rooted diaspora and Donbas Russians residing outside Russia who participate in these conflicts are considered foreign fighters according to this definition.

In our study, foreign terrorist fighters are considered a special category. Although assessments will be made under the heading related to extreme right-

³⁸ David Malet, ‘Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context’ (2015) 27 *Terrorism and Political Violence* 1, 10 <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2015.1032151>> accessed 6 November 2022.

³⁹ Alex P Schmid, ‘Foreign (Terrorist) Fighter Estimates: Conceptual and Data Issues’ (International Centre for Counter-Terrorism 2015) 3 <<https://www.jstor.org/stable/resrep17478>> accessed 10 August 2022

⁴⁰ *ibid* 8; Malet (n 39) 10.

⁴¹ Malet (n 39) 3.

⁴² *ibid* 6.

wing radicalism and the UN Security Council Resolution 2178, the special category of foreign terrorist fighters is excluded in determining the statuses of foreign fighters below.

1. In International Conflicts

The fundamental sources of international humanitarian law, the 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocols⁴³ (*'Protocol'*), regulate conflicts under two different procedures based on the distinction between combatants and civilians, for international and non-international conflicts. Both Ukraine and Russia are parties to the Geneva Conventions and *Protocols*⁴⁴. First, let's identify the applicable status rules for foreign fighters in international conflicts, and then examine their legal status in non-international conflicts.

Although there is no direct definition of a combatant in the Geneva Conventions, the Third Geneva Convention concerning the Treatment of Prisoners of War lists various categories, and individuals falling under one of these categories are considered **combatants**⁴⁵. Generally, combatants

⁴³ "Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005", is about the use of the Red Crescent, Red Lion and Red Sun emblems in addition to the Red Cross emblem and is not referenced within the scope of our article.

⁴⁴ Russia made a declaration of withdrawal from Protocol I (1977) on October 23, 2019, but according to the ninety-ninth article of the protocol, the declaration will not have any effect for Russia until the ongoing conflicts are finally ended.

⁴⁵ 'Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy: 1] Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces. 2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions: a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates; b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance; c) that of carrying arms openly; d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war. 3] Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power. Prisoners of war. 4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model. 5] Members of crews, including masters, pilots and apprentices of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the

participating in international conflicts, except for actions that could be considered crimes against humanity or war crimes, cannot be prosecuted for hostilities. These combatants will also be eligible for prisoner-of-war status, rights, and privileges under the *Third Convention*. Since no nationality-based distinction is made in the *Third Convention*, **foreign fighters in international conflicts** will be evaluated in the same status as other combatants⁴⁶.

Some foreign fighters may not qualify for combatant status. In treaties, non-combatants are considered civilians and various mechanisms are created for civilian protection status⁴⁷. However, in mechanisms for civilian protection, a criterion not applied to combatants is invoked: the criterion of nationality. Article 4.B-2 of the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (the '*Fourth Convention*') states,

*"Persons protected by the Convention are those who at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of persons a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals. Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are."*⁴⁸

According to this, states are not obligated to provide the protection granted to civilians by the *Fourth Convention* **to their own citizens** according to the first

Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law. 6) Inhabitants of a non-occupied territory who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.' International Red Cross, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949 <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/375-GC-III-EN.002.pdf> art 4/A.

⁴⁶ Emanuele Sommario, 'The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law' in Andrea de Guttry, Francesca Capone and Christophe Paulussen (eds), *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (TMC Asser 2016) 147-153 <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-6265-099-2_9>.

⁴⁷ Sandra Kraehenmann, *Foreign Fighters Under International Law* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights 2014) 18.

⁴⁸ International Red Cross, Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. art 4.

paragraph; **to the citizens of states not party to the treaty** according to the first sentence of the second paragraph; and **to the citizens of states not party to the conflict or of allied belligerent states, conditional on these states having diplomatic representation in their own country**, according to the second sentence of the second paragraph. **In summary**, in international conflicts, foreign fighters with combatant status benefit from all status rights granted to combatants, whereas foreign fighters without combatant status may benefit from the status of protection directed towards civilians only if they meet specific nationality conditions and/or lack diplomatic representation. However, these conditions are quite restrictive, so they will mostly not be able to benefit from the status of protection directed towards civilians.

2. In Non-International Conflicts

The normative order presents a quite different appearance in internal conflicts. In internal conflicts, the combatant status, rights of prisoners of war, and immunity from prosecution for hostile acts provided by humanitarian law do not exist⁴⁹. However, Common Article 3 of the Geneva Conventions regulates the minimum level of protection that the conflicting parties must adhere to in non-international conflicts. *Protocol II* contains measures for the protection of civilians and victims in non-international armed conflicts. Yet, no special status has been defined for non-state combatants⁵⁰. This means that combatant insurgents in internal conflicts can be judged and penalized according to the discretion of the state they resist⁵¹. At the discretion of the state, foreign fighters can also be tried like local fighters or under more or less severe conditions and

⁴⁹ According to Article 1(4) of the 1977 Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, an authority representing a people engaged in armed conflict against colonial domination, foreign occupation, and racist regimes under the right to self-determination might be accept the application of the Geneva Conventions and Additional Protocol I by notifying the depository, Switzerland (Article 96/3). In this case, the Convention and Additional Protocol I also come into effect for that authority, and the rights and obligations undertaken by the contracting parties also become binding for them. However, even in the Algerian War of Independence, the protocols could not be applied despite the declarations and compliant behavior of the National Liberation Front of Algeria. The International Red Cross, citing the refusal of one party to recognize the other as the reason, has characterized the conflict between France and the National Liberation Front of Algeria as an internal conflict. Arnold Fraleigh, 'The Algerian Revolution as a Case Study in International Law', *The International Law of Civil War* (The Johns Hopkins 1971) 194ff.

⁵⁰ Sommaro (n 47) 153.

⁵¹ Kraehenmann (n 48) 20.

charges. In short, only a very limited part of humanitarian law applies to insurgent combatants and, consequently, foreign fighters in non-international conflicts; status rights are not recognized. But still the source country of these foreign fighters may recall a protection level.

Certainly, it can be said that these fighters still have various rights within the framework of human rights law and international agreements. However, in practice, following the interventions in Afghanistan and Iraq, which turned international humanitarian law's distance from the context of war (*jus in bello*) into a scandal by a myopic misreading in pursuit of legitimate aims (*jus ad bellum*), it has been observed in the Syrian Civil War as well that both combatants and civilians could be excluded from all legal statuses and protection mechanisms. The concept of **foreign terrorist fighters** will be discussed below in this context. But first, let's identify **the status of mercenaries**, considered illegitimate means of conflict.

IV. MERCENARIES

A. Normative Framework

The Friendly Relations Declaration, adopted by the UN General Assembly in 1970, imposes an obligation on all states to refrain from using irregular forces like mercenaries to attack another country⁵². The first written agreement regarding mercenaries at the UN level was made in 1989. Before that, there is also a regional arrangement named the African Convention on the Elimination of Mercenarism, dated July 3, 1977. Parties in the Donbas Conflict will be subject, within the scope of our topic, to the *Geneva Conventions, Additional Protocol I*, and the International Convention against the Recruitment, Use, Financing, and Training of Mercenaries ('*UN Convention*')⁵³.

According to *Additional Protocol I* art. 47, mercenaries have a special status in conflicts. This status is an exception to the rights provided by international humanitarian law to combatants. The first paragraph of Article 47 of *Convention I* states that mercenaries will not be considered combatants or prisoners of war, while the second paragraph defines a mercenary as follows,

⁵² Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations 1970 123.

⁵³ Only Ukraine is subject to the UN Convention among the parties to the conflict.

*“A mercenary is any person who: a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict; b) does, in fact, take a direct part in the hostilities; c) is motivated to take part in the hostilities **essentially by the desire for private gain** and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, **material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party**; d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict; e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.”⁵⁴*

For a person to be considered a mercenary and therefore to be excluded from combatant status, they must meet these criteria collectively⁵⁵.

The *UN Convention* dated December 4, 1989, is another significant international treaty concerning mercenaries. As of September 2022, the *UN Convention* has been bindingly accepted by 37 states, with 17 signatories, including Ukraine. Russia is not a party to the *UN Convention*.

The definition of a mercenary in the first paragraph of the first article of the **UN Convention** is identical to the one in *Protocol I*. The second paragraph, however, expands this definition. It states,

“A mercenary is also any person who, in any other situation: (a) Is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at: (i) Overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or (ii) Undermining the territorial integrity of a State (b) Is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by the promise or payment of material compensation; (c) Is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed; (d) Has not been sent by a State on official duty; and (e) Is not a member of the armed forces of the State on whose territory the act is undertaken.”

⁵⁴ Emphasis by me. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. 1977 art 47.

⁵⁵ IHL, ‘Customary Rules: 108. Mercenaries’, *Customary Rules* (ICRC 2023) <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule108>> accessed 15 October 2023.

In our opinion, this second paragraph aims to cover actions by mercenaries when hired, used, financed, and trained by non-state actors under the *UN Convention*. Another modification concerns remuneration. The condition of receiving equal or greater pay compared to military personnel performing similar duties as stated in *Protocol I* and the first paragraph of the *UN Convention* has been relaxed. Another difference is the limitation of general objectives under two headings for specific objectives.

The *UN Convention* imposes on state parties various responsibilities apart from international humanitarian law (Article 16), criminalizing mercenary activities (Articles 2, 3, 4), providing the right and obligation to prosecute mercenaries (Article 5), and guaranteeing basic judicial protections during prosecution or deportation (Article 11).

Both Ukraine (Criminal Code Article 447) and Russia (Criminal Code Article 359) criminalize mercenary activities. However, these countries use these laws to penalize actions of individuals contrary to their interests⁵⁶.

Another important document in the normative framework is the non-binding Montreux Document, created on September 17, 2008, by the consensus of seventeen states, including Ukraine, and later joined by forty-one states, the European Union, OSCE, and NATO. The Montreux Document, initiated by the Swiss Government and the International Red Cross, outlines measures that states can take concerning mercenaries, governance, oversight, and reporting⁵⁷.

The Montreux Document is limited to state and intergovernmental organizations, while the International Code of Conduct Association, founded in Switzerland in 2013, admits private companies, NGOs, observers, and states as

⁵⁶ Halya Coynash, 'Russian Sentenced to 5 Years' Imprisonment for Defending Ukraine' (*Kharkiv Human Rights Protection Group*, 16 June 2017) <<https://khpg.org/en/1497057361>> accessed 30 October 2022; UN Human Rights Council Working Group, 'On the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination on Its Mission to Ukraine' (UN General Assembly 2016) A/HRC/33/43/Add.3 12-13 <<https://undocs.org/A/HRC/33/43/Add.3>> accessed 30 October 2022.

⁵⁷ In the introduction of the document, the responsibilities of States arising from international law are reminded; It is stated that there is no legal binding; and "although it does not mean to approve any specific use of private military and security companies, it aims to remind the legal guarantees that should be sought if an agreement is made with these companies and to encourage good practices. 'The Montreux Document: On Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict' <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20192511-montreux-document_EN.pdf> accessed 20 September 2022.

members. Although efforts are made to prohibit mercenary activities under UN auspices, one could argue that private military and security companies are being legalized under non-binding rules⁵⁸. Both the Montreux Document and the International Code of Conduct Association aim to bind their members to humanitarian law and human rights through the threat of loss of reputation and credibility. The higher number of Montreux Document members compared to states parties to the above-mentioned *UN Convention* indicates that the prohibition, prosecution, and imprisonment envisioned by the *UN Convention* have not been particularly deterring for mercenaries.

B. Material Evaluation

It is claimed that mercenaries have been involved in the *Donbas Conflicts* since the beginning. Major General Vadym Skibitskyi stated in his presentation to the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) that the number of Wagner Group's special military forces in Donbas reached from 250 to 1,500 in the months following May 2014⁵⁹. Wagner Group⁶⁰ is not the only Kremlin-affiliated⁶¹ private military company participating in the Donbas Conflicts⁶². Companies and personnel with different functions, such as MAR, E.N.O.T., have also been involved. Sukhankin indicates that Russia's new war tactics and private military forces faced their first serious test in Ukraine after the intervention in Chechnya⁶³.

On the Ukrainian side, foreign fighters involved in the *Donbas Conflicts* have been integrated into the army, receiving rank, share, and salary. Thus, they

⁵⁸ Matthew Leriche, 'Mercenaries Gone Legit: Private Security Professionals and Private Military Security Companies as Transnational Actors' in David Malet and Miriam J Anderson (eds), *Transnational actors in war and peace: militants, activists, and corporations in world politics* (Georgetown University 2017) 146.

⁵⁹ Vadym Skibitskyion, 'Private Military Companies and Their Role in Modern Regional Conflicts' (OSCE Forum 949, FSC.DEL/140/20, 17 June 2020) <<https://www.osce.org/files/f/documents/b/1/456016.pdf>> accessed 1 November 2022.

⁶⁰ According to the news of New Lines magazine, based on the Ukrainian Security Service, as of 2021, 4184 mercenaries belonging to Wagner units have been identified worldwide. For details, see Michael Weiss and others, 'The Fallen Mercenaries in Russia's Dark Army' [2021] *New Lines Magazine* <<https://newlinesmag.com/reportage/the-fallen-mercenaries-in-russias-dark-army/>> accessed 30 October 2022.

⁶¹ The Wagner Group is not an official organization in Russia and has no official ties to the Russian Federation or Putin. However, the Group was founded and managed by Russian oligarchs close to Putin. Sukhankin (n 21) 197-202.

⁶² Skibitskyion (n 60).

⁶³ Sukhankin (n 21) 189.

cannot be defined as mercenaries by definition. However, according to Russia's claim, 400 private military forces from the American company Academi (formerly Blackwater) have participated in the conflicts on the Ukrainian side⁶⁴. Since they are not enlisted in the Ukrainian army, they can be considered mercenaries. This issue will be touched upon below.

1. Motivational Element

Mercenaries are similar to foreign fighters in many ways⁶⁵. By definition, mercenaries cannot be citizens of the country they fight for, whereas foreign fighters can include citizens living in the diaspora. The main difference arises in their motivations. According to regulations, foreign fighters participate in conflicts mainly for ideological or kinship reasons, whereas mercenaries aim for financial gain. However, this normative classification is not very distinctive in reality⁶⁶. The United Nations Human Rights Council's Working Group on the Use of Mercenaries stated in their 2015 report that financial gain is among the motivations for both mercenaries and foreign fighters⁶⁷. Malet states that various financial benefits have been promised to many foreign fighters as well⁶⁸. The Working Group stated in their 2016 report that proving mercenary status through income assessments is extremely difficult⁶⁹.

Field studies by Oksana Mikheieva on volunteer fighters show that the motivations of fighters, regardless of which side they are on, are multi-layered and can change over time, consisting of both rational and irrational elements⁷⁰.

⁶⁴ Anadolu Agency, 'Around 400 US-Led Mercenaries Deployed to Ukraine' *Daily Sabah* (12 May 2014) <<https://www.dailysabah.com/economy/2014/05/12/around-400-us-led-mercenaries-deployed-to-ukraine>> accessed 1 November 2022.

⁶⁵ UN Human Rights Council Working Group, 'Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination' (s 2015) I A/70/330 24 <<https://undocs.org/A/70/330>> accessed 20 October 2022; Tanya Mehra and Abigail Thorley, 'Foreign Fighters, Foreign Volunteers and Mercenaries in the Ukrainian Armed Conflict' (*International Center for Counter-Terrorism*, 11 July 2022) <<https://icct.nl/publication/foreign-fighters-volunteers-mercenaries-in-ukraine/>> accessed 30 July 2022.

⁶⁶ Mehra and Thorley (n 66).

⁶⁷ UN Human Rights Council Working Group (n 66) 9.

⁶⁸ Malet (n 39) 8-9.

⁶⁹ UN Human Rights Council Working Group (n 57) 12.

⁷⁰ Oksana Mikheieva, 'Motivations of Pro-Russian and Pro-Ukrainian Combatants in the Context of the Russian Military Intervention in the Donbas' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022).

Likewise, Kragiannis concludes that fighters' motivations are variable, and rational choice or social constraint approaches alone are insufficient to explain their motivations⁷¹.

Another field study conducted by Kacper Rekawek categorizes fighters as restarters, ghosts, and adventurers⁷². According to this classification, restarters are those who do not return to their country and start a new life and career, ghosts are those who participate in conflicts as long as their visas allow and hide their faces and identities to return to their countries, and adventurers are those who are not afraid to reveal their identities and want to go to other conflicts for similar causes. One interesting result of the study is that the choice of front is random⁷³. According to the study, a caricatured situation exists where individuals who share the same ideology, nationality, and ideals are fighting against each other. Privileges in visa entries and ease of transportation are decisive factors in choosing a front.

In conclusion, it's not possible to distinguish between the intent for financial gain and other motivations. Field research shows that fighters' motivations are multi-layered, transitional, and variable. It should also be noted that even trained fighters, as recommended by the Montreux Document, may provide misleading statements about their motivations and alter their stories for minimal responsibility. For example, Igor Girkin, the commander of the Russian-separatist forces originally from Crimea, stated that the soldiers in his unit were not paid and were primarily motivated by ideology⁷⁴.

According to Kimberly Marten, whose expertise was sought in the U.S. House of Representatives, even the Wagner Group does not count as real

⁷¹ Emmanuel Karagiannis, 'Ukrainian Volunteer Fighters in the Eastern Front: Ideas, Political-Social Norms and Emotions as Mobilization Mechanisms' (2016) 16 Southeast European and Black Sea Studies 139, 149 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14683857.2016.1148413>> accessed 30 November 2022.

⁷² Kacper Rekawek, 'Career Break or a New Career? Extremist Foreign Fighters in Ukraine' (Counter Extremism Project (CEP) 2020) Research Report 18ff <https://www.counterextremism.com/sites/default/files/CEP%20Report_Career%20Break%20or%20a%20New%20Career_Extremist%20Foreign%20Fighters%20in%20Ukraine_April%202020.pdf> accessed 2 August 2022.

⁷³ *ibid* 15.

⁷⁴ Sonne and Shishkin (n 30); Kots Aleksandr and Steşin Dimitri, 'Командующий самообороной Славянска Игорь Стрелков: Задержанные наблюдатели - кадровые разведчики' *Komsomolskaya Pravda* (Online, 26 April 2014) <<https://www.kp.ru/daily/26225.7/3107725/>> accessed 25 August 2022.

mercenaries. “Although they may be fighting for money according to their contracts, the group is extremely nationalist. They only participate in conflicts that are in the interests of the Russian state.”⁷⁵ This also means that the ideological intent precedes the financial intent, and therefore, they can even argue that they are not mercenaries. It should also be noted that if the salaries paid to the group members are compared with those paid to those in similar positions in the Russian army and found to be lower, there will be no need to even investigate where the special intent is concentrated, provided that if somehow it can be determined how much salary is paid to them.

2. Nationality Factor

In defining warriors as mercenaries (in the context of international law), another distinguishing criterion is their nationality. First, let’s remember that there were approximately 20,000 foreign fighters and around 1,000 mercenaries. The Soufan Report stated that there were fighters from 55 countries in the region⁷⁶. The majority (12,000) are Russian citizens. According to *New Lines’* news compiled from data kept by Ukraine’s Security Service on Wagner, more than half (2,708) of the 4,184 Wagner members are Russian citizens, 222 are Ukrainian citizens, and people from over ten nationalities are fighting in Donbas⁷⁷. These numbers refer to fighters employed worldwide by the Wagner Group, and a subset of these are involved in the Donbas Conflicts. No more detailed information has yet been made public. However, it is understood that foreign fighters and mercenaries of multiple nationalities are participating in the conflicts. The first and second paragraphs of Article 1 of the *Protocol I* and *UN Convention* differ in terms of nationality criteria. Let’s examine how fighters of different nationalities can be characterized under these different norms.

Protocol I applies only to international conflicts. Therefore, **combatants participating in conflicts in Donbas that could be internationally characterized,**

⁷⁵ Kimberly Marten, ‘The GRU, Yevgeny Prigozhin, and Russia’s Wagner Group: Malign Russian Actors and Possible U.S. Responses’ (Hearing on Exposing and Demanding Accountability for Kremlin Crimes Abroad, Washington D.C., 20 July 2020) 7 <<https://www.congress.gov/116/meeting/house/110854/witnesses/HHRG-116-FA14-Wstate-MartenK-20200707.pdf>> accessed 30 October 2022.

⁷⁶ ‘White Supremacy Extremism: The Transnational Rise of the Violent White Supremacist Movement’ (n 38) 30.

⁷⁷ The reliability of the data in the source of the news or the connections between the Wagner Group and Russia are open to debate. Weiss and others (n 61).

even if they meet other conditions, will not be considered mercenaries if they are **Russian** or **Ukrainian**, or residents of Crimea (in territories controlled by one of the conflicting parties). Accordingly, Russia could claim that, despite having stated the opposite since the beginning of the conflict, their combatant citizens are within the framework of *Protocol I*: a) should not be considered as mercenaries, b) thus fall under the combatant status, c) which in turn provides immunity from prosecution for hostile acts. On the other hand, Ukraine could argue that, despite having stated the opposite since the beginning of the conflict, the conflicts these combatants are involved in do not have an international character.

We should note that it is a war crime under the sixth clause of the second paragraph of Article 8 of the Rome Statute to deprive prisoners of war of fair and regular trial, and under Article 45 of the *Protocol I*, they will be considered prisoners of war until a judicial decision is made about them, and they still have minimum humanitarian guarantees (Article 75). We should also add as a note that Russia reported to distributed passports both in the Annexation of Crimea and in the *Donbas Conflicts*⁷⁸.

We had stated that foreign fighters fighting on the Kiev side, as they are registered in the Ukrainian army, will not be considered mercenaries. Those who are not registered in the army, if they meet other conditions, can be considered mercenaries under the definitions of the *Protocol I* and *UN Convention* (Article 1/1). For example, if Academi personnel, as Russia claims, participated in the conflicts on the Kiev side as combatants, they will be considered mercenaries. *Protocol I* creates discretion in the treatment and prosecution of mercenaries. We can also assume that Ukraine will not use this discretion in criminal prosecution.

Considering Ukraine's obligations under the *UN Convention*, they should not employ, use, finance, or train them (Article 5)⁷⁹, and should expel mercenaries in

⁷⁸ 'Putin Expands Fast-Track Russian Citizenship to All of Ukraine' *Al Jazeera* (Web Page, 11 July 2022) <<https://www.aljazeera.com/news/2022/7/11/putin-expands-fast-track-russian-citizenship-to-all-of-ukraine>> accessed 4 December 2022.

⁷⁹ In the first regulations regarding mercenaries, their use to prevent the right to self-determination was particularly criticized. Without going into arguments if the path to self-determination is sealed, it might also be claimed that this right is used by Russian-separatists. For a discussion on this topic, see Elise Giuliano, 'The Social Bases of Support for Self-Determination in East Ukraine' (2015) 14 *Ethnopolitics* 513 <<https://doi.org/10.1080/17449057.2015.1051813>> accessed 17 November 2022.

any case (Article 12) or prosecute them “like international criminals”⁸⁰ (Article 5/3). According to Article 447 of the Ukrainian Criminal Code, amended in October 2015, mercenaries are defined as those employed for “military or violent actions aimed at overthrowing or changing the constitutional order, seizing the government, or disrupting its functioning.”⁸¹ The specific intent required for the criminal act in the article will not have been realized for mercenaries fighting on the Kiev side. **Ukraine will have to expel them under the UN Convention if national law does not require criminal prosecution.**

In conclusion, Ukraine is obliged to exempt from prosecution those fighters who participate in international conflicts in Donbas as combatants and are Russian citizens or residents of Crimea, even if they meet other conditions for being mercenaries (except for war crimes), under *Protocol I*; and prosecute or expel others under *UN Convention* Article 1/1, if they meet the conditions. If the conflict a fighter is involved in is of an internal nature, *Protocol I* will not apply. In this case, considering the framework in the second paragraph of the definition of mercenaries in the *UN Convention*, Ukraine is obliged to prosecute everyone, except its own citizens and residents, who meet the other conditions for being mercenaries. Russian citizens participating in the internal conflict led by Donetsk and Luhansk forces will not be exempt from prosecution, unlike Russian citizens joining Moscow forces. Kiev can legitimize its use of fighters by registering them in the army⁸² to prevent self-determination; Moscow can legitimize its (its citizens/companies) arms usage to overthrow the government or separate the region by claiming the *Donbas Conflict*.

V. EXTREME RIGHT RADICALS

A. Material Situation

The tension between Ukraine, Russia, and the EU axis had transformed into the Maidan Protests, and subsequent events escalated into conflicts. Far-right

⁸⁰ Chile Eboe-Osuji and Adama Dieng, ‘International Law, Mercenary Activities and Conflict Prevention in Africa’ in Emmanuel Decaux, Adama Dieng and Malick Sow (eds), *From Human Rights to International Criminal Law / Des droits de l’homme au droit international pénal* (Brill | Nijhoff 2007) 623 <https://brill.com/view/book/edcoll/9789047420446/Bej.9789004160552.i-776_025.xml> accessed 3 November 2022.

⁸¹ ‘The Criminal Code of Ukraine’ (*Official web-portal of the Parliament of Ukraine*) art 447 <<https://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14>> accessed 27 October 2022.

⁸² The fact that no time period was stipulated for enlisting in the army has been a subject of criticism. Marie-France Major, ‘Mercenaries and International Law’ (1992) 22 *Georgia Journal of International & Comparative Law* 103, 113.

organizations in the country carried the process, which began with protests supported by the sniper massacre of pro-Russian Yanukovych, to the Dignity Revolution⁸³. Organizations known for their far-right views, such as Svoboda, Batkivshina (Fatherland), and Right Sector, played a significant role in the Dignity Revolution and established a national defense line to support the weak national army against Russian forces after the annexation of Crimea⁸⁴.

Sich (Svoboda), Batkivshina, and Ukraine Volunteer Units (Right Sector) participated in the Donbas Conflicts with their armed forces. Alongside these, many other semi-civil, semi-radical units have also been formed. However, it would be incorrect to collectively label these units with far-right ideology. Umland argues that even the most well-known example among semi-civil organizations, the Azov Battalions, should not be hastily labeled as far-right radicals⁸⁵. The author also says that most of the volunteers who acted in response to the Russian intervention and the inadequacy of the national army should be considered militant nationalists rather than far-right radicals⁸⁶.

The issue of far-right radicalism in the Donbas Conflicts goes beyond the discussion of how locals in Ukraine might be characterized. Far-right radicals have not only joined Kiev forces but also Moscow forces⁸⁷. The Russian Imperial Movement is noted for training far-right radicals to fight in Ukraine and carry out actions in their home countries⁸⁸. The study's problem is not far-

⁸³ Katchanovski (n 18) 6-7.

⁸⁴ Andreas Umland, 'Irregular Militias and Radical Nationalism in Post-Euromaidan Ukraine: The Prehistory and Emergence of the "Azov" Battalion in 2014' (2019) 31 *Terrorism and Political Violence* 105, 106 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2018.1555974>> accessed 6 November 2022.

⁸⁵ Umland (n 85).

⁸⁶ *ibid* 109.

⁸⁷ Sergey Sukhankin, 'Foreign Mercenaries, Irregulars and "Volunteers": Non- Russians in Russia's Wars' (Jamestown Foundation 2019) 3 <<https://jamestown.org/program/foreign-mercenaries-irregulars-and-volunteers-non-russians-in-russias-wars/>>; Michael Colborne, *From the Fires of War: Ukraine's Azov Movement and the Global Far Right* (Bethan Johnson and John Richardson eds, *ibidem* 2022) 122.

⁸⁸ Michael Carpenter, 'The Russian Federation's Ongoing Aggression Against Ukraine' (Organization for Security and Co-operation in Europe, Vienna, 23 June 2022) <<https://www.osce.org/files/f/documents/7/c/521323.pdf>> accessed 28 November 2022; Dmitry Kozhurin, 'Who Are The Neo-Nazis Fighting For Russia In Ukraine?' *Radio Free Europe/Radio Liberty* (Web Sayfası, 27 May 2022) <<https://www.rferl.org/a/russian-neo-nazis-fighting-ukraine/31871760.html>> accessed 28 November 2022; 'European Union

right radicals among locals in Ukraine or Russia but rather radicals who equip their far-right views with military training in Donbas and transfer these skills to their home countries. Ukraine has thus become a significant attraction for far-right radicals, especially with the annexation of Crimea and the *Donbas Conflicts*.

In his study examining instances of far-right radicalism in Central Eastern Europe, Rekawek states that Polish far-right radicals consider themselves pacifists compared to those in Ukraine⁸⁹. They can access paramilitary training camps in Ukraine⁹⁰, and although the region will not be considered a Shangri-La for far-right radicalism, the accessibility to paramilitary training is concerning⁹¹. Liedekerke shows that paramilitary movements are on the rise in Central and Eastern Europe due to the impact of the Ukraine conflicts⁹². Donbas Conflicts have attracted radicals not only from nearby countries but also from distant ones like Germany⁹³, the USA⁹⁴, the UK⁹⁵, Sweden, France, Italy, and Spain⁹⁶. According to Rapoport, the California-based alternative right movement Rise

Terrorism Situation and Trend Report' (EUROPOL 2022) 52 <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Tesat_Report_2022_0.pdf> accessed 28 November 2022.

⁸⁹ Kacper Rekawek, 'Looks Can Be Deceiving: Extremism Meets Paramilitarism in Central and Eastern Europe' (Counter Extremism Project 2021) Research Report 13 <https://www.counterextremism.com/sites/default/files/2021-06/CEP%20Report_Looks%20Can%20Be%20Deceiving_Extremism%20Meets%20Paramilitarism%20in%20CEE_June%202021_1.pdf> accessed 6 December 2022.

⁹⁰ *ibid* 16.

⁹¹ *ibid* 19.

⁹² Arthur De Liedekerke, 'The Paramilitary Phenomenon in Central and Eastern Europe' (2016) 25 *The Polish Quarterly of International Affairs* 26.

⁹³ von Thilo Manemann, 'Far-Right Terrorism: Attempt to Re-Form Atomwaffen Division in Europe' (*Belltower.News*, 19 April 2021) <<https://www.belltower.news/far-right-terrorism-attempt-to-re-form-atomwaffen-division-in-europe-114253/>> accessed 16 August 2022.

⁹⁴ Oleksiy Kuzmenko, "'Defend the White Race": American Extremists Being Co-Opted by Ukraine's Far-Right' (*bellingcat*, 15 February 2019) <<https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2019/02/15/defend-the-white-race-american-extremists-being-co-opted-by-ukraines-far-right/>> accessed 5 August 2022.

⁹⁵ Kevin Rawlinson, 'Neo-Nazi Groups Recruit Britons to Fight in Ukraine' *The Guardian* (2 March 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/mar/02/neo-nazi-groups-recruit-britons-to-fight-in-ukraine>> accessed 22 November 2022.

⁹⁶ Rekawek, 'Career Break or a New Career? Extremist Foreign Fighters in Ukraine' (n 73) 6; Fausto Biloslavo, 'Far-Right Fighters from Europe Fight for Ukraine' (*Eurasianet*, 8 June 2014) <<https://eurasianet.org/ukraine-far-right-fighters-from-europe-fight-for-ukraine>> accessed 23 November 2022.

Above Movement traveled to Ukraine to celebrate Hitler's birthday in the spring of 2018, meeting and training with the Azov Battalions⁹⁷.

Let's note that the number of foreign fighters participating in the conflicts is close to seventeen thousand. If Russian citizens are excluded, this number drops to two thousand⁹⁸. MacKenzie and Kraunert state that about eight hundred people from North America, European Union members and candidates, the United Kingdom, Australia, and New Zealand have participated but only one to two hundred of them hold far-right views⁹⁹. Rekawek indicates that this number is a few hundred¹⁰⁰. So to say, the number of far right radicals who participated in *Donbas Conflicts* is relatively low.

B. Normative Situation

The normative framework related to foreign fighters and mercenaries and how it can be applied in the Donbas Conflicts has been summarized above. It's evident that the normative framework can't always be applied definitively and sharply; different norms can be applied based on the assessment of specific events and individuals. Beyond the basic interpretive capacity of law, it's inevitable to touch on a subject that cannot escape political assessments: associating conflict actors with terrorism, for presenting the normative evaluation of far-right radicals in conflicts.

As a result of interpreting terrorism offenses as an exception to humanitarian law, actions permitted by humanitarian law can also be qualified as crimes. However, humanitarian law (*Fourth Convention* (Art.33), *First Protocol* (Art.51/2), *Second Protocol* (Art. 4/2, 13/2)) already prohibits terrorist actions. Paulussen and others argue that it would be more appropriate to recognize an exception to humanitarian law for terrorist crimes¹⁰¹. The authors

⁹⁷ David C Rapoport, *Waves of Global Terrorism: From 1880 to the Present* (Columbia University Press 2022) 330.

⁹⁸ 'White Supremacy Extremism: The Transnational Rise of the Violent White Supremacist Movement' (n 38).

⁹⁹ MacKenzie and Kaunert (n 10) 6.

¹⁰⁰ Rekawek, 'Career Break or a New Career? Extremist Foreign Fighters in Ukraine' (n 73) 3.

¹⁰¹ Christophe Paulussen, Hanne Cuyckens and Katharine Fortin, 'The Prosecution of Foreign Fighters under International Humanitarian Law: Misconceptions and Opportunities' (*International Centre for Counter-Terrorism*, 13 December 2019) <<https://icct.nl/publication/the-prosecution-of-foreign-fighters-under-international-humanitarian-law-misconceptions-and-opportunities/>> accessed 4 December 2022.

argue that terror crimes are already not protected under humanitarian law, so there is no need to remove individuals from the scope of humanitarian law by associating them with terrorist organizations. They suggest that prosecuting terror crimes and crimes against humanity within the framework of humanitarian law could lead to more severe punishments. If individuals are judged solely on membership, no distinction is made between criminal acts, resulting in a reductive and inconsistent legal process. This is not restorative justice, either for the victims or the community. They also note that in a system where actions in compliance with humanitarian law are prosecuted, the motivation for combatants to act in accordance with humanitarian law would diminish¹⁰².

In a normative framework where no exception to humanitarian law is recognized, the designation of terrorism can obstruct all rights, statuses, and authorities that may arise from humanitarian law and even human rights law¹⁰³. From this standpoint, the International Red Cross Committee states that not being able to distinguish between terrorism and armed conflict and labeling non-state armed groups as terrorists could have adverse effects¹⁰⁴. Criticisms go in this direction, stating that states are becoming free to use the void in the definition of terrorism for arbitrary and unequal applications¹⁰⁵. Tayler, in this vein, draws attention to foreign fighters who join the YPG, which is linked to the PKK, which many states define as a terrorist organization, to fight against ISIS¹⁰⁶. The Sixth Chamber of the European Union General Court, in its decision related to individuals allegedly affiliated with the Tamil Tigers and included in sanction lists, has developed jurisprudence suggesting that the political void in the definition of terrorism can be filled with facts and individual investigations, not generalizations¹⁰⁷.

¹⁰² *ibid.*

¹⁰³ Letta Tayler, 'Foreign Terrorist Fighter Laws: Human Rights Rollbacks Under UN Security Council Resolution 2178' (2016) 18 *International Community Law Review* 455, 462-463 <https://brill.com/view/journals/iclr/18/5/article-p455_6.xml> accessed 23 November 2022.

¹⁰⁴ *Foreign Terrorist Fighters: Manual for Judicial Training Institutes - South-Eastern Europe* (United Nations 2019) 4.

¹⁰⁵ Tayler (n 104) 459.

¹⁰⁶ *ibid.*

¹⁰⁷ 'Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) v Council of the European Union' (European Union General Court Sixth Chamber 2014) Case Report T 208/11, T 508/11 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:62011TJ0208>> accessed 27 November 2022.

A complicating factor for further normative differentiation is the term “foreign terrorist fighters,” introduced into the literature by UNSC Resolution 2170 of 2014 and defined by Resolution 2178¹⁰⁸. The Council defines foreign terrorist fighters as “individuals who travel from their country of nationality or residence to another state to participate in, execute, plan, prepare terrorist acts, including those related to armed conflicts.”¹⁰⁹. These resolutions call on UN member states to take measures against individuals joining organizations affiliated with ISIS, al-Nusra, and al-Qaeda and establish a sanctions framework¹¹⁰. While foreign fighters and mercenaries are subject to content-independent evaluations under humanitarian law, UNSC decisions on foreign terrorist fighters bring content back into focus when determining applicable norms. Considering that the content (terrorism) is undefined in international law, it’s evident that a significant gap has been created for interpretation.

The definition of the Security Council is broad, yet its application is limited to the individuals on its sanction lists. In both academic and legal studies, the distinction between foreign fighters and foreign terrorist fighters is often overlooked, and the terms are used interchangeably¹¹¹. It should be added that the UN’s definitions through its sanction lists are binding for al-Qaeda, ISIS, and al-Nusra, and that measures against foreign terrorist fighters have found resonance in many member states, where their actions are considered crimes¹¹².

When a group is defined as a terrorist organization, participating in their actions, traveling to join them, supporting them, or even conducting their propaganda and many other actions can be criminalized¹¹³. When each state fills this definitional gap with its political approaches, activities of organizations

¹⁰⁸ The term was previously used in Security Council Resolution 2170 dated 2014. However, detailed regulations including the definition are available in decision no. 2178.

¹⁰⁹ Resolution 2178 2014.

¹¹⁰ *Foreign Terrorist Fighters: Manual for Judicial Training Institutes - South-Eastern Europe* (n 105) 32.

¹¹¹ Malet (n 39) 5; Christopher Baker-Beall, ‘The Concept of the Foreign Terrorist Fighter: An Immanent Critique’ [2022] *European Journal of International Security* 1, 9 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S205756372200030X/type/journal_article> accessed 25 November 2022.

¹¹² Talyer (n 104) 462.

¹¹³ John Ip, ‘Reconceptualising the Legal Response to Foreign Fighters’ (2020) 69 *International and Comparative Law Quarterly* 103, 122 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0020589319000447/type/journal_article> accessed 27 November 2022.

labeled as terrorist organizations for supported political objectives can also be left outside the normative framework intended for foreign terrorist fighters. Political evaluations related to the organizations affect the determination of the criminal nature of actions, leading to contradictory court decisions. Van Poecke and others show how the opinions of Belgian courts on organizations differed in determining the crimes of the accused in the cases al-Nusra affiliated *Sharia4Belgium* and *PKK*¹¹⁴.

In defining far-right radicals participating in the Donbas Conflicts within the normative framework, the issue of filling the gap arising from the lack of a terrorism definition with potentially unequal applications comes up, as Tayler pointed out¹¹⁵. Countries do set national lists concerning terrorist organizations, including some while excluding others. For example, EUROPOL's 2022 report highlights the threat of far-right radicalism in EU member states¹¹⁶ but addresses the phenomena of foreign terrorist fighters and returning foreign terrorist fighters only in connection with organizations listed by the UNSC¹¹⁷. There is no international sanction either by the UN or the EU for far-right radicals participating in the Donbas Conflicts. Countries turn a blind eye to radicals joining the sides they support¹¹⁸, while labeling those on the opposing side as terrorists¹¹⁹. This confirms the point mentioned above that the rising radical threat for specific political objectives can be ignored. Finally, it can be said that

¹¹⁴ Thomas Van Poecke, Frank Verbruggen and Ward Yperman, 'Terrorist Offences and International Humanitarian Law: The Armed Conflict Exclusion Clause' (2021) 103 *International Review of the Red Cross* 295, 311-315 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S1816383121000321/type/journal_article> accessed 30 July 2022.

¹¹⁵ Tayler (n 104) 459.

¹¹⁶ 'European Union Terrorism Situation and Trend Report' (n 89) 45ff.

¹¹⁷ *ibid* 35-36.

¹¹⁸ Ben Cousins, 'Legal Questions Abound for Canadians Volunteering to Fight in Ukraine' *CTVNews* (Online, 24 March 2022) <<https://www.ctvnews.ca/canada/legal-questions-abound-for-canadians-volunteering-to-fight-in-ukraine-1.5833817>> accessed 30 November 2022.

¹¹⁹ 'United States Designates Russian Imperial Movement and Leaders as Global Terrorists' (*United States Department of State*) <<https://2017-2021.state.gov/united-states-designates-russian-imperial-movement-and-leaders-as-global-terrorists/>> accessed 30 November 2022; Vassily Nebenzia, 'Statement by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UN Security Council Briefing' (Web Page, 23 October 2022) <<https://russiaun.ru/en/news/09082022n>> accessed 30 November 2022; Public Safety Canada, 'Listed Terrorist Entities: Currently Listed Entities' (*Public Safety Canada*) <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrnt/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-en.aspx>> accessed 30 November 2022.

there is no special regime concerning far-right radicals joining either the Kiev or Moscow side. Depending on their home country's political stance, those who choose the correct front will not be evaluated as foreign terrorist fighters and can thus claim judicial immunity arising from international humanitarian law (to the extent allowed by local laws).

VI. CONCLUSION AND EVALUATION

Our study examined the legal status of foreign far-right radicals participating in the Donbas Conflicts. Initially, we looked at what legal regime could apply to these conflicts, what legal statuses could be attributed to foreign participants, the conditions for qualification under the mercenary status, which is an exception under international humanitarian law, and whether far-right radicalism creates any special exceptions for determining the status of foreign fighters. The question of the study was whether the legal framework applicable to the Donbas Conflicts provides a space for far-right radicals to freely participate in conflicts, receive weapons, and ammunition training. The results can be summarized as follows:

- a. The Donbas Conflicts exhibit both international and non-international conflict characteristics.
- b. Regardless of how the conflicts are classified, **individuals not qualifying for combatant status** will be under a protection status.
 - i. Citizens of states not party to the conflicts will not benefit from the protection status if their home country has representation in the country where they are captured. This exception will be limited because most states have representation in Ukraine and Russia.
 - ii. Foreign individuals going to Donbas solely for training and/or logistical and support activities will not benefit from protection status unless they are citizens of an exceptional state.
- c. **Combatants involved in conflicts** between Kiev and Moscow forces are immune from prosecution for hostile acts under the norms of international humanitarian law applicable to international conflicts. So if a far right extremist combatant claims that they joined the conflict with Kiev side or Moscow fronts shall defend their acts within international law.

- d. Conflicts between Russian-separatist organizations and Kiev forces can be classified as non-international conflicts, provided the separatist organizations are not under Moscow's command. Hostile acts in these conflicts fall outside the protective mechanisms of humanitarian law, and only a limited portion of humanitarian law is applicable to combatants in internal conflicts.
- e. Mercenaries cannot benefit from protection statuses in humanitarian law. However, qualifying as a mercenary is challenging. So very few may qualify as mercenary as follows,
 - i. For a person to be considered a mercenary, there must be a specific intent to gain materially. Research shows that foreign fighters can also have financial expectations, and proving this intent is challenging. According to *Protocol I* and the *UN Convention* (Article 1/1), the financial gain must be significantly higher than what a member of the military of similar rank and function would receive.
 - ii. In conflicts of international nature, citizens of Russia and Ukraine, or those residing in areas under their control, are not considered mercenaries.
 - iii. In internal conflicts, Ukrainian citizens are not considered mercenaries regardless of which side they fight for. (UN Convention Article 1/2)
 - iv. According to the *UN Convention*, Ukraine should prosecute or deport mercenaries. Ukraine should thus prosecute or deport private military forces like Academi fighting on its own side. Given the situation and ranks of these, tactic/strategic help might not be qualified as 'combatants'.
- f. According to UN Security Council Resolution 2178, **the term 'foreign terrorist fighter'** has entered the literature, calling on member states to legislate for the punishment of individuals joining ISIS, al-Nusra, and al-Qaeda. From the beginning it was implemented with limited scope and cannot be extended to the *Donbas Conflict*.
 - i. There is no universally accepted definition of terrorism, and as the lists of terrorist organizations are not common, states have moved to punish individuals going to conflict zones based on national and regional terror lists.
 - ii. The UN Security Council's decision has further blurred the distinction expected to be observed between actions permitted in humanitarian law and acts of terrorism with respect to these organizations.

- g. There is no international consensus against far-right radical organizations, and they will not be considered foreign terrorist fighters under UN law. However, each country has the discretion to prosecute individuals it has placed on its own terror lists.
- i. The normative situation in the source countries creates freedom for foreign far-right radicals in the *Donbas Conflicts* to receive arms and ammunition training and to participate in the conflicts, according to the political preferences of the source countries.
 - i. These combatants may pursue the international right of immunity from hostile acts for their case/cause and benefit from it in their homelands.
 - ii. Far-right radicals can benefit from the protective status granted by humanitarian law to combatants when they participate in conflicts with Kiev or Moscow forces, and thus can claim judicial immunity in their source countries.
 - iii. Foreign far-right radicals joining Russian-separatist organizations can be tried by Ukraine due to the conflicts being characterized as internal conflicts and due to the absence of protective status. If they are not caught by Ukraine, they can return to their source countries without fear of prosecution.
 - iv. If far-right radicals are classified as mercenaries, Ukraine is obliged to prosecute them within the framework of the *UN Convention* and the Ukrainian Criminal Code Article 447, while Russia is obliged within the framework of Criminal Code Article 357.

In conclusion, our study shows that far-right radicals can participate in the Donbas Conflicts within legal protection and limited freedom if their fight is not an exceptional case. And this exception seems to be discussed even more.

Attention is drawn to the possibility that foreign terrorist fighters returning to their countries may carry threats such as 'local terrorist attacks,' 'new terror cells,' 'operational expertise,' 'resource gathering for terror acts,' 'creating human resources,' and 'being an inspiration for ideological neighbors/peers.'¹²⁰. Although reports have been prepared considering terrorists who have joined jihadist organizations like ISIS, al-Qaeda, and al-Nusra, the same threats need to

¹²⁰ Baker-Beall (n 112) 9.

be evaluated for far-right radicals participating in the *Donbas Conflicts* as well. Mackenzie and Kanuert's study shows that far-right radical networks are created in Ukraine, and some actors involved create security threats and even attempt coups in their source countries (Montenegro 2016)¹²¹.

Both the UN and regional and local legal normative frameworks have created security, precaution, and rehabilitation mechanisms focused on the threats posed by jihadist terrorist organizations. The need to expand these mechanisms for other foreign fighters going to conflict zones is evident, at least in the case of far-right radicals, who better be assessed within the scope of these institutions and measures. Otherwise, far-right radicals will continue to operate with relative freedom to expand their networks, freely receive arms and ammunition training, participate and gain experience in conflicts, create their 'heroes,' and accelerate the breakdown of order.

¹²¹ MacKenzie and Kaunert (n 10).

BIBLIOGRAPHY

- Aleksandr K and Dimitri S, 'Командующий самообороной Славянска Игорь Стрелков: Задержанные наблюдатели - кадровые разведчики' *Komsomolskaya Pravda* (Online, 26 April 2014) <<https://www.kp.ru/daily/26225.7/3107725/>> accessed 25 August 2022
- Anadolu Agency, 'Around 400 US-Led Mercenaries Deployed to Ukraine' *Daily Sabah* (12 May 2014) <<https://www.dailysabah.com/economy/2014/05/12/around-400-usled-mercenaries-deployed-to-ukraine>> accessed 1 November 2022
- Auger VA, 'Right-Wing Terror: A Fifth Global Wave?' (2020) 14 *Perspectives on Terrorism* 87-97
- Baker-Beall C, 'The Concept of the Foreign Terrorist Fighter: An Immanent Critique' [2022] *European Journal of International Security* 1 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S205756372200030X/type/journal_article> accessed 25 November 2022
- Balestrieri S, 'Wagner Group: Russian Mercenaries Still Floundering in Africa' (*SOFREP*, 19 April 2020) <<https://sofrep.com/news/wagner-group-russian-mercenaries-still-floundering-in-africa/>> accessed 30 August 2022
- Biloslavo F, 'Far-Right Fighters from Europe Fight for Ukraine' (*Eurasianet*, 8 June 2014) <<https://eurasianet.org/ukraine-far-right-fighters-from-europe-fight-for-ukraine>> accessed 23 November 2022
- Bukkvoll T, 'Russian Special Operations Forces in Crimea and Donbas' (2016) 46 *The US Army War College Quarterly: Parameters* <<https://press.armywarcollege.edu/parameters/vol46/iss2/4>> accessed 19 August 2022
- Canada PS, 'Listed Terrorist Entities: Currently Listed Entities' (*Public Safety Canada*) <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-en.aspx>> accessed 30 November 2022
- Carpenter M, 'The Russian Federation's Ongoing Aggression Against Ukraine' (Organization for Security and Co-operation in Europe, Vienna, 23 June 2022) <<https://www.osce.org/files/f/documents/7/c/521323.pdf>> accessed 28 November 2022
- Colborne M, *From the Fires of War: Ukraine's Azov Movement and the Global Far Right* (Bethan Johnson and John Richardson eds, ibidem 2022)
- Cousins B, 'Legal Questions Abound for Canadians Volunteering to Fight in Ukraine' *CTVNews* (Online, 24 March 2022) <<https://www.ctvnews.ca/canada/legal-questions-abound-for-canadians-volunteering-to-fight-in-ukraine-1.5833817>> accessed 30 November 2022

- Coydash H, 'Russian Sentenced to 5 Years' Imprisonment for Defending Ukraine' (*Kharkiv Human Rights Protection Group*, 16 June 2017) <<https://khp.org/en/1497057361>> accessed 30 October 2022
- Eboe-Osuji C and Dieng A, 'International Law, Mercenary Activities and Conflict Prevention in Africa' in Emmanuel Decaux, Adama Dieng and Malick Sow (eds), *From Human Rights to International Criminal Law / Des droits de l'homme au droit international pénal* (Brill | Nijhoff 2007) <https://brill.com/view/book/edcoll/9789047420446/Bej.9789004160552.i-776_025.xml> accessed 3 November 2022
- 'European Union Terrorism Situation and Trend Report' (EUROPOL 2022) <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Tesat_Report_2022_0.pdf> accessed 28 November 2022
- Foreign Terrorist Fighters: Manual for Judicial Training Institutes - South-Eastern Europe* (United Nations 2019)
- Fraleigh A, 'The Algerian Revolution as a Case Study in International Law', *The International Law of Civil War* (The Johns Hopkins 1971)
- Giuliano E, 'The Social Bases of Support for Self-Determination in East Ukraine' (2015) 14 *Ethnopolitics* 513 <<https://doi.org/10.1080/17449057.2015.1051813>> accessed 17 November 2022
- Hart A, 'Right-Wing Waves: Applying the Four Waves Theory to Transnational and Transhistorical Right-Wing Threat Trends' [2021] *Terrorism and Political Violence* 1 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2020.1856818>> accessed 9 August 2022
- Hauter J, 'Delegated Interstate War: Introducing an Addition to Armed Conflict Typologies' (2019) 12 *Journal of Strategic Security* 90 <<https://www.jstor.org/stable/26851262>> accessed 29 September 2022
- Heinsch R, 'Conflict Classification in Ukraine: The Return of the "Proxy War"?' (2015) 91 *International Law Studies* 323 <<https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1264&context=ils>> accessed 30 October 2022
- IHL, 'Customary Rules: 108. Mercenaries', *Customary Rules* (ICRC 2023) <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule108>> accessed 15 October 2023
- Ip J, 'Reconceptualising the Legal Response to Foreign Fighters' (2020) 69 *International and Comparative Law Quarterly* 103 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0020589319000447/type/journal_article> accessed 27 November 2022
- Karagiannis E, 'Ukrainian Volunteer Fighters in the Eastern Front: Ideas, Political-Social Norms and Emotions as Mobilization Mechanisms' (2016) 16 *Southeast European and Black Sea Studies* 139 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14683857.2016.1148413>> accessed 30 November 2022

- Katchanovski I, 'The Separatist War in Donbas: A Violent Break-up of Ukraine?' (2016) 17 *European Politics and Society* 473 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23745118.2016.1154131>> accessed 22 August 2022
- Kozhurin D, 'Who Are The Neo-Nazis Fighting For Russia In Ukraine?' *Radio Free Europe/Radio Liberty* (Web Sayfası, 27 May 2022) <<https://www.rferl.org/a/russian-neo-nazis-fighting-ukraine/31871760.html>> accessed 28 November 2022
- Kraehenmann S, *Foreign Fighters Under International Law* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights 2014)
- Kuzmenko O, "'Defend the White Race": American Extremists Being Co-Opted by Ukraine's Far-Right' (*bellingcat*, 15 February 2019) <<https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2019/02/15/defend-the-white-race-american-extremists-being-co-opted-by-ukraines-far-right/>> accessed 5 August 2022
- Leriche M, 'Mercenaries Gone Legit: Private Security Professionals and Private Military Security Companies as Transnational Actors' in David Malet and Miriam J Anderson (eds), *Transnational actors in war and peace: militants, activists, and corporations in world politics* (Georgetown University 2017)
- 'Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) v Council of the European Union' (European Union General Court Sixth Chamber 2014) Case Report T 208/11, T 508/11 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:62011TJ0208>> accessed 27 November 2022
- Liederkerke AD, 'The Paramilitary Phenomenon in Central and Eastern Europe' (2016) 25 *The Polish Quarterly of International Affairs* 25-34
- Limbotto WR and Nurcahyawan T, 'Pre-Emptive Self-Defence on Israel Hezbollah Armed Conflict Under International Law' (2018) 1 *Jurnal Hukum Adigama* 686 <<https://journal.untar.ac.id/index.php/adigama/article/view/2163>> accessed 7 August 2022
- Lobel WN, 'The Legality of the United States' Involvement in Vietnam -- A Pragmatic Approach' (1969) 23 *University of Miami Law Review* 792 <<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol23/iss4/7>> accessed 7 August 2022
- Mackenzie A and Kaunert C, 'Radicalisation, Foreign Fighters and the Ukraine Conflict: A Playground for the Far-Right?' (2021) 10 *Social Sciences* 116 <<https://www.mdpi.com/2076-0760/10/4/116>> accessed 1 August 2022
- Major M-F, 'Mercenaries and International Law' (1992) 22 *Georgia Journal of International & Comparative Law* 103-150
- Malet D, 'Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context' (2015) 27 *Terrorism and Political Violence* 1 <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2015.1032151>> accessed 6 November 2022

- Manemann von T, 'Far-Right Terrorism: Attempt to Re-Form Atomwaffen Division in Europe' (*Belltower.News*, 19 April 2021) <<https://www.belltower.news/far-right-terrorism-attempt-to-re-form-atomwaffen-division-in-europe-114253/>> accessed 16 August 2022
- Marten K, 'The GRU, Yevgeny Prigozhin, and Russia's Wagner Group: Malign Russian Actors and Possible U.S. Responses' (Hearing on Exposing and Demanding Accountability for Kremlin Crimes Abroad, Washington D.C., 20 July 2020) <<https://www.congress.gov/116/meeting/house/110854/witnesses/HHRG-116-FA14-Wstate-MartenK-20200707.pdf>> accessed 30 October 2022
- Mehra T and Thorley A, 'Foreign Fighters, Foreign Volunteers and Mercenaries in the Ukrainian Armed Conflict' (*International Center for Counter-Terrorism*, 11 July 2022) <<https://icct.nl/publication/foreign-fighters-volunteers-mercenaries-in-ukraine/>> accessed 30 July 2022
- Melnyk O, 'War Dead and (Inter)-Communal Ethics in the Russian-Ukrainian Borderlands: 2014-2018' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022)
- Mikheieva O, 'Motivations of Pro-Russian and Pro-Ukrainian Combatants in the Context of the Russian Military Intervention in the Donbas' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022)
- Miller C and Rivas RC, 'The Year in Hate and Extremism 2021' (Southern Poverty Law Center 2022) Annual
- Muradov I, 'The Donbas Conflict as a Form of Hybrid Warfare: A Neoclassical Realist Analysis' (PhD, Middle East Technical University 2019)
- Nebenzia V, 'Statement by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UN Security Council Briefing' (Web Page, 23 October 2022) <<https://russiaun.ru/en/news/09082022n>> accessed 30 November 2022
- Özdemir Ş and Eminoğlu A, 'Yeni Nesil Savaş: Rusya'nın Donbas'ta Uyguladığı Hibrit Savaş Yöntemi' (2022) 15 *Hitit Sosyal Bilimler Dergisi* 67 <<https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.17218/hititsbd.1066684>> accessed 25 September 2022
- Paulussen C, Cuyckens H and Fortin K, 'The Prosecution of Foreign Fighters under International Humanitarian Law: Misconceptions and Opportunities' (*International Centre for Counter-Terrorism*, 13 December 2019) <<https://icct.nl/publication/the-prosecution-of-foreign-fighters-under-international-humanitarian-law-misconceptions-and-opportunities/>> accessed 4 December 2022
- Paust JJ, 'Use of Military Force in Syria by Turkey, NATO, and the United State' (2012) 34 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431-446 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/upjil34&id=455&div=&collection=>>
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (8th edn, Turhan 2009)

- 'Putin Expands Fast-Track Russian Citizenship to All of Ukraine' *Al Jazeera* (Web Sayfası, 11 July 2022) <<https://www.aljazeera.com/news/2022/7/11/putin-expands-fast-track-russian-citizenship-to-all-of-ukraine>> accessed 4 December 2022
- Putin V, "'No Other Option": Excerpts of Putin's Speech Declaring War' (*Al Jazeera*, 24 February 2022) <<https://www.aljazeera.com/news/2022/2/24/putins-speech-declaring-war-on-ukraine-translated-excerpts>> accessed 7 August 2022
- Rapoport DC, 'The Capitol Attack and the 5th Terrorism Wave' (2021) 33 *Terrorism and Political Violence* 912 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2021.1932338>> accessed 6 February 2022
- ---, *Waves of Global Terrorism: From 1880 to the Present* (Columbia University Press 2022)
- Rawlinson K, 'Neo-Nazi Groups Recruit Britons to Fight in Ukraine' *The Guardian* (2 March 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/mar/02/neo-nazi-groups-recruit-britons-to-fight-in-ukraine>> accessed 22 November 2022
- Rekawek K, 'Neither "NATO's Foreign Legion" Nor the "Donbass International Brigades"' (2015) 6 *The Polish Institute of International Affairs* 1-12
- ---, 'Career Break or a New Career? Extremist Foreign Fighters in Ukraine' (Counter Extremism Project (CEP) 2020) Research Report <https://www.counterextremism.com/sites/default/files/CEP%20Report_Career%20Break%20or%20a%20New%20Career_Extremist%20Foreign%20Fighters%20in%20Ukraine_April%202020.pdf> accessed 2 August 2022
- -, 'Looks Can Be Deceiving: Extremism Meets Paramilitarism in Central and Eastern Europe' (Counter Extremism Project 2021) Research Report <https://www.counterextremism.com/sites/default/files/2021-06/CEP%20Report_Looks%20Can%20Be%20Deceiving_Extremism%20Meets%20Paramilitarism%20in%20CEE_June%202021_1.pdf> accessed 6 December 2022
- 'Russian Federation Announces "Special Military Operation" in Ukraine as Security Council Meets in Eleventh-Hour Effort to Avoid Full-Scale Conflict' <<https://press.un.org/en/2022/sc14803.doc.htm>> accessed 6 August 2022
- Schmid AP, 'Foreign (Terrorist) Fighter Estimates: Conceptual and Data Issues' (International Centre for Counter-Terrorism 2015) <<https://www.jstor.org/stable/resrep17478>> accessed 10 August 2022
- Singil N, 'Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkına Yeni bir Yaklaşım: İsteksiz veya Aciz Devlet Doktrini' (2021) 29 *Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2837 <<https://dergipark.org.tr/doi/10.15337/suhfd.937045>> accessed 7 August 2022
- Skibitskyion V, 'Private Military Companies and Their Role in Modern Regional Conflicts' (OSCE Forum 949, FSC.DEL/140/20, 17 June 2020) <<https://www.osce.org/files/f/documents/b/1/456016.pdf>> accessed 1 November 2022

- Sommario E, 'The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law' in Andrea de Guttry, Francesca Capone and Christophe Paulussen (eds), *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (TMC Asser 2016) <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-6265-099-2_9>
- Sonne P and Shishkin P, 'Pro-Russian Commander in Eastern Ukraine Sheds Light on Origin of Militants' *Wall Street Journal* (Online, 26 April 2014) <<https://online.wsj.com/article/SB10001424052702304788404579526160643349256.html>> accessed 25 August 2022
- Stepaniuk N, 'Limited Statehood, Collective Action, and Reconfiguration of Citizenship in Wartime: Volunteer Engagement Amidst the Donbas War' in David R Marples (ed), *The war in Ukraine's Donbas: origins, contexts, and the future* (Central European University 2022)
- Sukhankin S, 'Foreign Mercenaries, Irregulars and "Volunteers": Non-Russians in Russia's Wars' (Jamestown Foundation 2019) <<https://jamestown.org/program/foreign-mercenaries-irregulars-and-volunteers-non-russians-in-russias-wars/>>
- , 'Russian Private Military Contractors in the Donbas: Rehearsing Future Voyages' in David R Marples (ed), *The War in Ukraine's Donbas: Origins, Context, and Future* (Central European University 2022)
- Talmon SAG, 'German Constitutional Court Considers Self-Defence Against Non-State Actors a Tenable Interpretation of Article 51 of the Un Charter' [2019] SSRN Electronic Journal <<https://www.ssrn.com/abstract=3473211>> accessed 7 August 2022
- Taylor L, 'Foreign Terrorist Fighter Laws: Human Rights Rollbacks Under UN Security Council Resolution 2178' (2016) 18 *International Community Law Review* 455 <https://brill.com/view/journals/iclr/18/5/article-p455_6.xml> accessed 23 November 2022
- 'The Criminal Code of Ukraine' (*Official web-portal of the Parliament of Ukraine*) <<https://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14>> accessed 27 October 2022
- 'The Montreux Document: On Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict' <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20192511-montreux-document_EN.pdf> accessed 20 September 2022
- The Office of Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities' [2016] International Criminal Court <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf>
- Tsvetkova M, 'Military Veterans to Kremlin: Come Clean about Syria Mission' *Reuters* (5 July 2018) <<https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-russia-contr-acto-idUSKBN1JV2QL>> accessed 30 October 2022

- Tsybaliuk Y, 'On Russia's Ongoing Aggression against Ukraine and Illegal Occupation of Crimea' <<https://www.osce.org/files/f/documents/b/a/511390.pdf>> accessed 30 October 2022
- Tüysüzoğlu G, 'Rusya Dış Politikası'nın Etkin Silahı: Donmuş Çatışma Bölgeleri' (2017) 13 Güvenlik Stratejileri Dergisi 185 <<https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.17752/guvenlikstrj.356957>> accessed 25 September 2022
- 'Ukraine Institutes Proceedings against the Russian Federation and Requests the Court to Indicate Provisional Measures' <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-EN.pdf>> accessed 13 October 2023
- Umland A, 'Irregular Militias and Radical Nationalism in Post-Euromaydan Ukraine: The Prehistory and Emergence of the "Azov" Battalion in 2014' (2019) 31 Terrorism and Political Violence 105-131 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09546553.2018.1555974>> accessed 6 November 2022
- UN Human Rights Council Working Group, 'Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination' (s 2015) I A/70/330 <<https://undocs.org/A/70/330>> accessed 20 October 2022
- UN Human Rights Council Working Group, 'On the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination on Its Mission to Ukraine' (UN General Assembly 2016) A/HRC/33/43/Add.3 <<https://undocs.org/A/HRC/33/43/Add.3>> accessed 30 October 2022
- 'United States Designates Russian Imperial Movement and Leaders as Global Terrorists' (*United States Department of State*) <<https://2017-2021.state.gov/united-states-designates-russian-imperial-movement-and-leaders-as-global-terrorists/>> accessed 30 November 2022
- Uyaniker HB, 'Kırım Sorunundan Donbas Savaşına Rusya Ukrayna Uzlaşmazlığı' (2018) 15 Karadeniz Araştırmaları
- Van Poecke T, Verbruggen F and Yperman W, 'Terrorist Offences and International Humanitarian Law: The Armed Conflict Exclusion Clause' (2021) 103 International Review of the Red Cross 295 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S1816383121000321/type/journal_article> accessed 30 July 2022
- Weiss M and others, 'The Fallen Mercenaries in Russia's Dark Army' [2021] *New Lines Magazine* <<https://newlinesmag.com/reportage/the-fallen-mercenaries-in-russias-dark-army/>> accessed 30 October 2022
- 'White Supremacy Extremism: The Transnational Rise of the Violent White Supremacist Movement' (The Soufan Center 2019) <<https://thesoufancenter.org/wp-content/uploads/2019/09/Report-by-The-Soufan-Center-White-Supremacy-Extremism-The-Transnational-Rise-of-The-Violent-White-Supremacist-Movement.pdf>> accessed 31 August 2022

International Red Cross, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949 <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/375-GC-III-EN.002.pdf>

--, Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. 1977

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations 1970

Resolution 2178 2014

Support for the Sovereignty, Integrity, Democracy, and Economic Stability of Ukraine Act of 2014 2014 1088

The Adverse Effects of Climate Change on Sustainable Development in the Context of Legal Framework(*)

Dr. Nurullah GÖRGEN(**)

Abstract

Paragraph 14 of the 2015-2030 Agenda for Sustainable Development states that 'Climate change is one of the greatest challenges of our time and its adverse impacts undermine the ability of all countries to achieve sustainable development'. The aim of this article is to critically evaluate this statement with reference to the existing relevant legal framework, including its fitness for purpose. The article will address the necessary definitions of climate change, sustainable development, relationship between them under legal framework and how the adverse impacts of climate change negatively affect sustainable development. For this, the most prominent examples of the Adverse Effects of Climate Change on Sustainable Development will be demonstrated by explaining how its adverse impacts weaken the capacity of states to succeed sustainable development. In order to overcome the adverse impacts of climate change, existing fundamental challenges will be addressed in the context of sustainable development and will be shown how to address contemporary challenges. Finally, this article will demonstrate if states and individuals do not take necessary precautions and develop new policy to prevent the adverse effect of climate change in the national and international levels, countries could not achieve sustainable development goals.

Keywords

Climate Change, Sustainable Development, Environmental Law, The Adverse Effects of Climate.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.09.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 21.10.2023.

Atıf Şekli: Nurullah Görge, 'The Adverse Effects of Climate Change on Sustainable Development in the Context of Legal Framework' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1395, 1414.

DOI: 10.52273/sduhfd..1356558.

(**) Durham Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Durham, İngiltere.

E-posta: nurullah.gorgen@durham.ac.uk.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7713-8273>.

Yasal Çerçeve de İklim Değişikliğinin Olumsuz Etkilerinin Sürdürülebilir Kalkınma Üzerindeki Etkisi

Öz

2015-2030 Sürdürülebilir Kalkınma ajandasının 14. Paragrafında belirttiği üzere 'iklim değişikliği zamanımızın en büyük zorluklarından biridir; ve onun olumsuz etkileri tüm ülkelerin sürdürülebilir kalkınma hedeflerini tutturma kabiliyetini zayıflatır.' Bu makalenin amacı; bu ifadeyi, amaca uygunluk da dahil olmak üzere, güncel hukuka referansla eleştirel olarak değerlendirmektir. Bu makale iklim değişikliğinin, sürdürülebilir kalkınmanın tanımlarını ve birbirleriyle ilişkilerini hukuki çerçevede ele alacaktır ve iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin sürdürülebilir kalkınmayı nasıl kötü bir şekilde etkilediği gösterilecektir. Bunun için, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin sürdürülebilir kalkınma üzerinde etkisini en öne çıkan örneklerle ifade edilecektir ve bu olumsuz etkilerin devletlerin sürdürülebilir kalkınma kapasitelerini nasıl zayıflattığı açıklanacaktır. İklim değişikliğinin olumsuz etkilerini üstesinden gelmek için, sürdürülebilir kalkınma bağlamında var olan temel zorluklar ifade edilecek ve bu güncel zorlukların çözümleri ele alınacaktır. Son olarak, makale eğer devletlerin ve bireyler iklim değişikliğini olumsuz etkileri için ulusal ve uluslararası gerekli önlemleri almaz ve yeni bir politika geliştirmezlerse, ülkelerin sürdürülebilir kalkınma amaçlarına ulaşamayacaklarını ifade edecektir.

Anahtar Kelimeler

İklim Değişikliği, Sürdürülebilir Kalkınma, Çevre Hukuku, İklim Değişikliğini Olumsuz Etkileri.

I. INTRODUCTION

In the 21st Century, climate change is one of the greatest threats that affect all humanity. The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) says undoubtedly there has been an unprecedented warming in the global climate system since 1950's and climate change impacts widely human and natural systems¹. Nevertheless, one of the biggest obstacles of sustainable development is climate change, as the adverse effects of climate change cause difficulties for countries to achieve sustainable development goals². The concepts of climate change and sustainable development undeniably relate and influence each other in various aspects.

In this paper, climate change, sustainable development, relationship between them and how the adverse impacts of climate change negatively affect sustainable development will be addressed. While doing this, the paper will consist of three parts. In the first chapter, the definition of climate change and sustainable development in the literature will be given and will be handled in legal framework. In the second part, the negative impacts of climate change will be addressed and how they negatively affect the ability of countries to achieve sustainable development. In the third part, contemporary challenges, which preventing to address the climate change problem, will be examined. In doing so, the article will critically evaluate the existing relevant legal framework including its fitness for purpose.

II. FUNDAMENTAL CONCEPTS AND LEGAL FRAMEWORK

A. Sustainable Development

The most common definition for sustainable development is articulated in the World Commission on Environment and Development (WCED), known as Our Common Future (Brundtland Report) 1987, 'Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.'³.

¹ RK Pachauri, Leo Mayer and Intergovernmental Panel on Climate Change (eds), *Climate Change 2014: Synthesis Report* (Intergovernmental Panel on Climate Change 2015).

² 'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf> accessed 21 December 2017.

³ 'Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development - A/42/427 Annex, Chapter 2 - UN Documents: Gathering a Body of Global Agreements' <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>> accessed 8 September 2023.

The concept of sustainable development has long been known; however, it officially started to be addressed at international level in Stockholm Conference on the Human Environment in 1972⁴. Protecting environment and human-induced environmental problems were addressed for the first time from various angles. Although the conference produced two important documents (Stockholm Declaration and an Action Plan), they are not legally binding. In 1992, 176 countries and thousands of non-governmental organizations (NGO's) came together in Rio de Janeiro, Brazil for the UN Conference on Environment and Development (UNCED or Rio Conference)⁵. Five legal documents were contracted at the conference: the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the Convention on Biodiversity, the Rio Declaration on Environment and Development, Agenda 21, and the Non-Legally Binding Principles on Forests. Although the decisions taken at the conference are not legally binding, twenty-seven principles have helped to establish a framework to achieve sustainable development and an agreement between developed and developing states. In addition, with the establishment of UNFCCC, the importance of climate change has been addressed for the first time for sustainable development. Agenda 21 is a comprehensive but non-binding program addressing the relationship between economy and environment for states, UN organisations, and agencies⁶. In 2000, United Nations Millennium Declaration was accepted by 192 states in New York. The goal of the declaration deals with issues such as security, destruction of poverty, and protection of the environment in the 21th century⁷. In 2002, the countries came together for the World Summit on Sustainable Development (WSSD) in Johannesburg, South Africa⁸. In the Johannesburg Declaration, it was emphasized that Sustainable Development consists of three basic parts, economic development, social development, and environmental protection. In 2012, international community

⁴ 'Stockholm Declaration on the Human Environment' (5 June 2018) <<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>>. See particularly principles 4, 13, 15-20.

⁵ 'The Rio Declaration on Environment and Development (1992)' (6 August 2017) <https://www.iau-hesd.net/sites/default/files/documents/rio_e.pdf>

⁶ *ibid.* Annex 2

⁷ 'United Nations Millennium Declaration' <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_2.pdf> accessed 5 July 2021.

⁸ 'World Summit on Sustainable Development: Resolution / Adopted by the General Assembly' <<https://digitallibrary.un.org/record/482206?ln=en>> accessed 8 August 2023.

gathered for the United Nations Conference on Sustainable Development (UNSCD, or Rio+20) in Rio de Janeiro, Brazil. The aim of Rio+20 is the economic development, eliminating poverty and determining the legal framework in the context of Sustainable Development. In 2015, UN General Assembly adopted Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development (2015)⁹. The agenda consists of the 17 Sustainable Development Goals and 169 targets that aim seeking solutions to problems that prevent sustainable development such as climate change and eradicating poverty. These goals are quite comprehensive and address three scopes of sustainable development: the economic, social and environmental dimensions. The agenda foresees to achieve the aim of sustainable development by fulfilling the goals and targets within 15 years. In particular, the 13th goal states that climate change and its adverse effects urgently need to be tackled. This goal in conjunction with other goals will be discussed below.

B. Climate Change

According to IPCC, climate change refers 'to any change in climate over time, whether due to natural variability or as a result of human activity'¹⁰. The definition of UNFCCC is more comprehensive: 'a change of climate that is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and that is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods.'¹¹. It is now well understood that the climate change is a great threat to mankind and the world. The biggest cause for this threat is human-induced climate change because people cause greenhouse gases (GHGs) such as carbon dioxide and methane due to fossil fuels, agricultural and other industrial activities¹².

The UNFCCC was adopted in Rio Conference in 1992. It is one of the most important documents to be accepted by all world leaders and universal

⁹ 'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' (n 2).

¹⁰ ML Parry and Intergovernmental Panel on Climate Change (eds), *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability: Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2007).

¹¹ 'United Nations Framework Convention on Climate Change: Resolution / Adopted by the General Assembly' (1994) <<https://digitallibrary.un.org/record/180257?ln=en>> accessed 6 May 2022.

¹² Jeffrey Sachs, *The Age of Sustainable Development* (Columbia University Press 2015) 332.

decisions taken for climate change¹³. The aim of UNFCCC is to establish international system to 'stabilize greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic (human-caused) interference with the climate system.'¹⁴ It is emphasized that the biggest cause of the problematic greenhouse gases is the developed states, while the proportion of developing countries is currently low; however, it will increase in time due to social and development needs¹⁵. Therefore, all countries must fulfil their responsibilities, but developed countries should make more efforts to deal with climate change. States parties have agreed to limit national GHGs emissions produced by human societies, adopted national policies to mitigate climate change, and adopted all measures related to climate change.

In 1997 in Kyoto Japan, Kyoto Protocol was adopted by almost all industrialized countries with the noteworthy exception of the United States of America¹⁶. The most important feature of the contract is that concrete and binding targets were set to combat climate change. According to protocol, binding targets and timetables have been identified for high-income countries to reduce their emissions. Developing countries, including China, which is developing very fast, currently do not have to comply with such obligations¹⁷. It can be said that the responsibility of developed countries is higher compared to those of developing countries. One of the targets of the protocol - for between 2008 and 2012 - was decreasing emissions of greenhouse gases by the parties by at least 5% below 1990 levels. For this, control and emission reduction targets have been identified between Annex I Parties with the differentiation of responsibilities and these targets are listed in Annex B of the Kyoto Protocol¹⁸.

In 2015, Paris Agreement was accepted with the participation of 195 countries under UNFCCC¹⁹. The contract has great importance as it showed

¹³ Joseph Romm, *Climate Change What Everyone Needs to Know* (Oxford University Press 2016) 149.

¹⁴ 'United Nations Framework Convention on Climate Change: Resolution / Adopted by the General Assembly' (n 11).

¹⁵ Ibid.

¹⁶ 'Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change' (1998) <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>> accessed 20 November 2021.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ 'Adoption of the Paris Agreement' (2015) <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>> accessed 8 April 2018.

countries understand that they must fight climate change for sustainable development and work for a zero-carbon, resilient, prosperous and fair future²⁰. The main aim of agreement is to combat climate change and its adverse effects globally in the context of sustainable development and to eliminate poverty. According to the agreement, the global average temperature rise will be kept at 1.5 degrees, in order to increase adaptability to adverse effects of climate change in a manner that does not threaten food production and providing finance flows consistent with a pathway towards low GHGs emissions and climate-resilient development²¹. In addition, all party countries have responsibilities but in different levels²². The agreement has both binding and non-binding elements, and it has been recognized by almost all countries and has become one of the most important documents for combating climate change.

III. THE ADVERSE EFFECTS OF CLIMATE CHANGE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The climate change affects the sustainable development goals of the countries negatively. Its adverse effects influence sustainable development from three perspectives: environmental, social and economic²³. In this chapter, these adverse effects will be addressed in the context of sustainable development.

A. Food Production, Security and Land Degradation

The goal 2 of 2030 Agenda for Sustainable Development is to provide healthy and adequate nutrition for all people, especially poor and vulnerable people who are unable to meet their needs, by 2030. For that, states need to end hunger, provide food safety, develop nutrition, and support sustainable agriculture²⁴. Climate change has a negative impact on sustainable agriculture, food security and agricultural productivity. By 2050, the world population will

²⁰ Juha Ilari Uitto, *Evaluating Climate Change Action for Sustainable Development* (Springer Berlin Heidelberg 2017).

²¹ 'Adoption of the Paris Agreement' (n 19).

²² *ibid.*

²³ Rob Swart, John Robinson and Stewart Cohen, *Climate Change and Sustainable Development: Expanding the Options* (2003) 3 Climate Policy S19. 23

²⁴ 'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' (n 2) 15.

increase by 2 billion more and it will be very difficult to sustain the agriculture needed to feed this population due to climate change²⁵. The extreme drought, floods, heat waves, which emerge as the result of climate change, will cause great damage on the agriculture. In addition, salty water intrusion because of sea level rise emerging due to climate change threatens rich agricultural land, such as the Nile basin, and ocean warming causes a decrease on food²⁶. The high temperature has a negative effect on many countries in Asia, Africa, America and Australia. The product yield has fallen considerably, because the temperature needed to cultivate agricultural crops has changed. For instance, in the United States local daily temperatures increased to 29°C for corn cultivation and 30°C for soybeans cultivation²⁷. The cropland areas affected by drought are expanding (today 15.4%) and will continue to expand (44% by 2100). In particular, in some areas, the area of cropland is expected to be quite low. For instance, in Africa, 35% of the eligible areas for agriculture will be unfit for farming²⁸. As a result; countries are struggling to achieve sustainable agriculture, and food security due to climate change, which is one of the sustainable development goals.

B. Extreme Weather Events

Climate change leads to many extreme weather events such as drought, floods, storms, wildfire, hurricanes, and heat waves. These extreme weather events cause decreasing of food production and water supply, economic losses, settlement and infrastructure damage, and loss of human health, which are the challenges that the sustainable development aims to overcome²⁹. For example, in New Orleans in 2005, Hurricane Katrina caused more than 1,800 deaths and more than \$150 billion of economic damage. The American administration had to spend hundreds of billions of dollars to reconstruct the city³⁰. It can be said that, this kind of climate-related extremes resulting from climate change

²⁵ Mark Maslin, *Climate Change: A Very Short Introduction* (Third edition, Oxford University Press 2014) 90.

²⁶ Joseph Romm, *Climate Change: What Everyone Needs to Know* (Oxford University Press 2016) 124-5.

²⁷ Parry and Intergovernmental Panel on Climate Change (n 10).

²⁸ *ibid.*

²⁹ *ibid.*

³⁰ Maslin (n 25) 78.

handicap countries from making the investments necessary for sustainable development and prevents achievement of targets. Similarly, climate change causes global warming in various parts of the world, so droughts are intensified quickly. These droughts have quite serious effects in the local ecosystem, agriculture and livestock, local economy, water resources, human health and safety. In prolonged drought, people cannot get enough clean water, they feed poorly, outbreaks occur, agricultural land becomes unusable, human crises occur and security cannot be ensured³¹. The poor countries and developing countries are much more affected by extreme weather events from climate change because they do not have adequate mitigation and adaptation abilities³². Therefore, it leads to an increase in inequality, tackling of which is one of sustainable development goal. Another example is that, by the middle of the century, approximately 200 million individuals can permanently be displaced due to drought, floods and other weather events³³. It shows that, people will not be able to meet their basic needs such as security, food and health. Under these conditions, it is not possible for countries to achieve sustainable development goals, especially for poor and developing countries, because of the adverse effects of climate change.

C. Human Health

The goal 3 of 2030 Agenda for Sustainable Development is to guarantee human health and to make necessary measures, training and investments for it. Climate change negatively affects human health in a variety of ways. For instance, it causes the spread of vector-borne diseases through heat waves, and the local air quality to deteriorate³⁴. Human deaths and property losses occur due to events such as floods and storms, which are the result of climate change. In addition, high global temperatures negatively affect most people, especially those engaged in agriculture such as farm worker. It causes various difficulties and diseases for people who work outside such as increasing hyperthermia³⁵.

³¹ *ibid* 81.

³² Peter Poschen, *Decent Work, Green Jobs and the Sustainable Economy: Solutions for Climate Change and Sustainable Development* (1st edn, Routledge 2015) 81 <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781351283991>> accessed 8 September 2023.

³³ NH Stern, *The Economics of Climate Change: The Stern Review* (Cambridge University Press 2007) 101.

³⁴ Swart, Robinson and Cohen (n 23) 24.

³⁵ Maslin (n 25) 82.

According to University College London's Lancet report, climate change is threatening and will threaten millions of people's health through two important areas: food and water³⁶. Notwithstanding, the greatest danger for human health is the inadequate clean water supplies. Today, nearly one billion people are not able to meet the need for clean water regularly. The lack of water causes diseases and polluted water plays a major role in the transmission of certain diseases to humans. Climate change has an adverse effect on water resources by affecting temperature, precipitation and sea level³⁷. For instance, climate change increases evaporation, changes river and groundwater levels, and thus water resources are reduced.

As mentioned above, the inability to meet basic food need has very negative effects on human health. Drought and weather change resulting from climate change play a negative role in food production. For example, in 2010 Russia banned exports because of the extreme drought in the country due to a very large decline in grain production to meet its own needs³⁸. It shows that the negative effects of climate change can affect the economic policies of countries.

As a result, these unfavourable effects of climate change on human health have adversely affected the sustainability goals of states. States are forced to invest more in clean water and adequate nutrition such as creating infrastructural systems, establishing health institutions, and the likelihood of loss of imports and exports. The states spend quite a lot of effort and money for the prevention, treatment and planning of contagious diseases resulting from climate change.

D. Biodiversity

The goal 15 of 2030 Agenda for Sustainable Development is to protect terrestrial ecosystems, maintenance of forests in a sustainable way, prevent desertification and halt biodiversity loss³⁹. At present, the rate of loss of biodiversity is high compared to past because of deforestation all over the world, growth of agricultural areas, increase of urbanization and mineral

³⁶ Anthony Costello and others, *'Managing the Health Effects of Climate Change'* (2009) 373 *The Lancet* 1693.

³⁷ Maslin (n 25) 82.

³⁸ *ibid* 83.

³⁹ *'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development'* (n 2) 24.

exploitation. The adverse effects of climate change make it worse⁴⁰. For instance, in Amazon rain forest in Brazil, loss of biodiversity is associated with adverse effects of climate change including deforestation, increased temperatures, and expansion of agricultural land. Rain forests, which have a very important position for the world and future generations, are of great importance for sustainable development. According to OECD, if necessary preventive measures and adaptation activities are not carried out, biodiversity in rain forests will continue to decrease and some of animal and plant species will disappear⁴¹.

In particular, because of the rapid increase in global warming effect and other adverse effects of climate change, it is getting harder for various plant and animal species to adapt⁴². Another example is the coral reefs that are under threat. The economic value of coral reefs is quite high in terms of fishing, tourism, and coastal protection but the loss of coral reefs costs hundreds of millions of dollars each year because of climate change. In addition, coral reefs are very rich in terms of biodiversity, but they are at risk⁴³. As a result, states must work on preventing the loss of biodiversity for achievement of the sustainable development. However, this process is both costly and difficult and climate change makes it worse.

E. Ocean Acidification, Sea levels and Sea Life

The rate of acidification in the oceans has increased steadily over the past years. The main reasons are that: increase of carbon dioxide in the atmosphere and the change of the temperature of the oceans caused by climate change. It is predicted that carbon dioxide in the oceans will increase due to climate change by human activities. This is causing the species living in the oceans, such as corals, planktons and shellfish, to be negatively affected⁴⁴. According to researchers, 'it causes extinction of 90% of marine life and disappearing some 70% of land-based animal and plant life.'⁴⁵. The goal 14 of 2030 Agenda for

⁴⁰ Maslin (n 25) 86.

⁴¹ Noreen Beg, '*Linkages between Climate Change and Sustainable Development*' (2002) 2 *Climate Policy* 129, 139.

⁴² Romm (n 26) 121.

⁴³ Maslin (n 25) 87.

⁴⁴ *ibid* 93.

⁴⁵ Romm (n 26) 119.

Sustainable Development is to protect and use oceans, seas and marine resources in a sustainable way⁴⁶. Therefore, bad effects of global warming cause problems that cannot be compensated in the oceans in terms of sustainable development. The warming and acidification of the water has already adversely affected the life of sea creatures, especially coral reef⁴⁷. According to Veron 'The science is clear: Unless we change the way we live, the Earth's coral reefs will be utterly destroyed within our children's lifetimes.'⁴⁸.

One of the most threatening effects of global warming, which is the result of climate change, is the rise of sea level. According to IPCC, sea level is predicted to increase between 27 and 98 cm by 2100. In particular, melting of the Glacier, Greenland, and Antarctic ices, and thermal expansion are accelerating this situation⁴⁹. Millions of people living on the coast will have to relocate because of the rise in sea level and cities with coasts will be also adversely affected including major cities such as Florida, Shangai and Miami. States will spend a lot of effort and money to prevent and adapt this situation⁵⁰.

Another effect of sea level rise is losing of agricultural land near the seacoasts and facing coastal erosion and flooding. The majority of the population lives in these areas, because the coastal areas are fertile. Therefore, people living these areas face social, economic and health problems⁵¹. These are serious threats to economic gains and food security⁵².

⁴⁶ 'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' (n 2) 24.

⁴⁷ 'IAP Statement on Ocean Acidification; National Oceanic and Atmospheric Administration' <<https://www.interacademies.org/statement/iap-statement-ocean-acidification>> accessed 8 December 2017.

⁴⁸ Jen J.E.N. Veron, 'Is the End in Sight for The World's Coral Reefs?' (Yale E360). <https://e360.yale.edu/features/is_the_end_in_sight_for_the_worlds_coral_reefs> accessed 8 September 2023.

⁴⁹ S Jevrejeva, A Grinsted and JC Moore, 'Upper Limit for Sea Level Projections by 2100' (2014) 9 Environmental Research Letters 104008.

⁵⁰ Romm (n 26) 94.

⁵¹ Parry and Intergovernmental Panel on Climate Change (n 10) 17.

⁵² Joanne Chong, Pia Treichel and Anna Gero, 'Evaluating Climate Change Adaptation in Practice: A Child-Centred, Community-Based Project in the Philippines' in Juha I Uitto, Jyotsna Puri and Rob D Van Den Berg (eds), *Evaluating Climate Change Action for Sustainable Development* (Springer International Publishing 2017) <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-43702-6_16> accessed 8 September 2023

F. Other Adverse Effects

One of the most important goals of sustainable development is eradication of poverty from all over the world⁵³. One of the reasons why countries (especially poor countries) combating poverty cannot achieve these goals is climate change. Reduction of food and water resources, destruction of agricultural lands, drought, floods, economic losses and other adverse effects resulting from climate change seriously threaten countries fighting poverty and causes to fail them⁵⁴. In particular, poor and developing countries do not have the investment and financial means in order to prevent the adverse effects of climate change and adaptation activities, poverty is the common point in these countries⁵⁵.

In addition, climate change threatens national, regional, and global security. It will indirectly affect various violent problems including civil war and intergroup violence because of the effects of climate change such as poverty, hunger, and economic crisis⁵⁶. Water and food deprivation, soil loss, infectious diseases, and poverty increase violence in countries and cause security weakness. States struggle to prevent and solve these problems. Failure to resolve these problems despite the efforts will result with increased violence and will cause death and injuries. The most up-to-date example of this is Syria⁵⁷. Between 2006 and 2011, a significant portion of Syria's territory experienced an unprecedented and prolonged drought, leading to a series of severe crop failures. The human and economic consequences of this drought were substantial. According to a 2009 report by the UN, over 800,000 individuals in Syria had lost their means of subsistence due to the drought. Consequently, a significant migration occurred, with people engaged in farming, herding, and agriculture in rural areas moving to urban centres. This massive internal displacement has been one of the contributing factors to the social and political turmoil in Syria. Additionally, there is notable dissatisfaction among communities whose primary source of livelihood is agriculture⁵⁸.

⁵³ 'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' (n 2) 15.

⁵⁴ Tariq Banuri and Hans Opschoor, 'Climate Change and Sustainable Development' (2007) <<https://digitallibrary.un.org/record/611508?ln=en>> accessed 3 December 2022.

⁵⁵ Heemst, J. van, and V. Bayangos (2004). *Poverty and Climate Change*. In: Kok M.T.J. and H.C. de Coninck, 2004: 21-52.

⁵⁶ Parry and Intergovernmental Panel on Climate Change (n 10) 20.

⁵⁷ Romm (n 26) 128.

⁵⁸ Francesco Femia and Caitlin E Werrell, 'Syria: Climate Change, Drought and Social Unrest' (The center for Climate and Security 2012) 11 <https://climateandsecurity.org/wp-content/uploads/2012/04/syria-climate-change-drought-and-social-unrest_briefer-11.pdf> accessed 10 October 2023.

Lastly, the impact of climate change on inequality should be addressed. Individuals who are marginalized in terms of gender, class, race, disability, ethnicity, and age are more vulnerable to the adverse effects of climate change because their ability to prevent and adapt to climate change is very low⁵⁹. Moreover, there is an inequality between regions and states in terms of climate change. The goal 10 of 2030 Agenda for Sustainable Development is to eradicate inequality between people and countries. Climate change makes the inequality worse and causes countries to fail to achieve their sustainable development goal.

IV. CHALLENGES

As mentioned above, the adverse effects of climate change pose serious threats to sustainable development. Although the importance of sustainable development is accepted by the world, the necessary prevention and adaptation activities are still inadequate. The adverse effects of climate change should be removed for sustainable development, but some challenges prevent it. In this chapter, these challenges will be addressed in the context of sustainable development by showing how to address contemporary challenges.

The first challenge is that although climate change is a global problem, there are no global and binding contracts, instruments and activities to solve it⁶⁰. Although this issue has been addressed on international platforms such as the UNFCCC, the Kyoto Protocol and the Rio Conference, which state all countries need to actively get involved, in practice, most of the countries do not fulfil their responsibilities because of politic and economic reasons⁶¹. In particular, some developed countries, which cause more in climate change, refuse to reduce the GHGs they produce. For example, the US did not agree to participate in the Kyoto Protocol and refused to reduce GHGs. Even if states accept international agreements, there is no real enforcement to urge them to take the necessary precautions. States that commit to sustainable development through treaties or other international legal instruments have an obligation to balance economic, social, and environmental priorities in their development processes⁶². As a

⁵⁹ Parry and Intergovernmental Panel on Climate Change (n 10) 50.

⁶⁰ Sachs (n 12) 2.

⁶¹ Anita M Halvorssen, 'International Law and Sustainable Development - Tools for Addressing Climate Change' (2011) 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 3.

⁶² Marie-Claire Cordonier Segger, 'Sustainable Development in International Law' in Hans Christian Bugge and Christina Voigt (eds), *Sustainable Development in International and National Law* (Europa Law Publishing 2008) 182.

result, they may be reluctant to accept binding commitments on climate change. These binding commitments often impose different obligations on developed and developing states⁶³. Developed countries face heavier burdens, including the reduction of emissions, the provision of funds, and the transfer of essential technologies. Consequently, they are often opposed to binding commitments on climate change. On the other hand, developing countries are typically resistant to binding commitments that could impede their development or place an additional burden on them.

Secondly, as mentioned above, there is a difference between developed countries that are primarily responsible for climate change and developing countries; therefore they have different responsibilities. This is clearly stated in the Kyoto Protocol. However, developed countries refrain from fulfilling their responsibilities such as reducing the GHGs emissions⁶⁴. It does not mean that developing countries have no responsibility. While they continue their development, they should take into account the adverse effects of climate change for their sustainable development. In doing so, the developed countries should assist the developing countries in various ways such as funding, technology, information and capacity-building because they do not have adequate economic and technologic powers. However, they avoid helping them due to economic, political, and other reasons⁶⁵. Economic reasons outweigh at this point. For example, the cost of developing poor countries by considering climate change is between 25 and 30 per cent more. Another example, the cost of developing countries' annual infrastructure is also about 1.2 trillion and 1.5 trillion and requires an annual finance of more than 700 billion dollars for sustainably climate change. To meet the climate and development change, combinations activities are needed such as financial institution, public budget, and international investors⁶⁶.

In addition, developing and poor countries continue their industrial activities and produce GHGs, because their core problems are different such as poverty, water and food needs. According to Maslow, higher needs (such as

⁶³ Halvorssen (n 61) 413-4.

⁶⁴ Halvorssen (n 61).

⁶⁵ *ibid.*

⁶⁶ 'Climate Change Is a Challenge For Sustainable Development' (World Bank) <<https://www.worldbank.org/en/news/speech/2014/01/15/climate-change-is-challenge-for-sustainable-development>> accessed 8 September 2022.

climate and environmental problems) are not considered unless physical needs (such as water, food, clothing, shelter) are resolved⁶⁷. Therefore, they continue their activities that will cause climate change without considering sustainable development to meet basic needs.

One of the most important challenges of climate change is that GHG emission is at the core of modern economy⁶⁸. Countries have grown using fossil fuel energy that causes climate change. The fossil energy consumption, which started with steam engine and coal, continued with oil and natural gas, and is still continuing. Although fossil energy needs to be replaced by low-carbon energy to solve the climate change problem and to contribute to sustainable development, countries do not make the necessary investments and research due to economic and politic reasons. In addition, the energy sector harbours the most influential corporations globally. Typically, the major oil and gas corporations are among the greatest global companies in terms of revenue such as China National Petroleum, BP and Total⁶⁹. Some of these companies are against policies that restrict the use of oil and gas in order to protect their economic income, and they resort lobbying, economic and political methods for that. For example, in the US, Koch Brothers Company that is a major oil company neither supports climate science nor uses low carbon energy instead of oil⁷⁰.

Another challenge is that the adverse effects of climate change occur in the long term⁷¹. Some countries and politicians do not give the necessary care because the effects do not appear immediately. However, if mitigation and adaptation efforts are not carried out today, then it may be late in the future. It is likely that the current political and economic decisions of the countries and companies form a great danger to the future. In particular, if increasing world population is taken into account, the size of the effects in the future can be better understood. World population is increasing so sustainable agriculture, prevention of food waste and other measures should be resorted for combating climate change. In addition, it can be said that while future generations are likely

⁶⁷ 'Maslow's Hierarchy of Needs: Definition, Examples & Explanation' (The Berkeley Well-Being Institute) <<https://www.berkeleywellbeing.com/maslows-hierarchy-of-needs.html>> accessed 8 September 2023.

⁶⁸ Sachs (n 12) 2.

⁶⁹ *ibid* 3.

⁷⁰ *ibid*.

⁷¹ *ibid* 2.

to suffer more from the adverse effects of climate change, there is currently no organization or actors that will adequately represent their interests⁷².

V. CONCLUSION

Today, climate change is one of the dangers that affect the whole world and its adverse effects negatively influence the sustainable development of countries. As mentioned above, how climate change affects sustainable development and the challenges that prevent to solve this problem are essential in order to achieve the goals of sustainable development. In addition, prevention and adaptation activities should be made to eliminate the adverse effects of climate change in the context of sustainable development. As mitigation policies, to collaborate globally to reduce human-induced GHGs, international and binding agreements should be established; participation of all countries should be ensured; policies based on sustainable economics, industry, agriculture, energy and technology should be pursued; people need to be educated about climate change and decision makers should shape their policies accordingly⁷³.

There are also adaptation measurements. Firstly policies, such as renewable energy, energy efficiency, low-carbon electricity and sustainable transport, should be implemented to reduce human-induced GHG emissions⁷⁴. Secondly, adaptation measurements should be carried out in order to reduce the carbon level in all areas such as agriculture, land use, fisheries. Thirdly, improving the infrastructure, education of public health, providing adequate food and water access should be enabled⁷⁵. In addition, using a special taxation for the use of fossil fuels or carbon and cap-and-trade system for GHG can be effective⁷⁶.

As a result, if countries and people do not make the necessary mitigation and adaptation to prevent the adverse effects of climate change, achieving sustainable development goals becomes very difficult. Therefore, people and especially future generations will suffer of it.

⁷² *ibid.*

⁷³ Swart, Robinson and Cohen (n 23) 29-33.

⁷⁴ Sachs (n 12) 36.

⁷⁵ Swart, Robinson and Cohen (n 23) 33-35.

⁷⁶ Thomas Pfister, Martin Schweighofer and André Reichel, *Sustainability* (Routledge 2016) <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781134688050>> accessed 8 September 2023.

BIBLIOGRAPHY***Books and Articles***

- Banuri T and Opschoor H, 'Climate Change and Sustainable Development' (2007) <<https://digitallibrary.un.org/record/611508?ln=en>> accessed 3 December 2022
- Beg N, 'Linkages between Climate Change and Sustainable Development' (2002) 2 Climate Policy 129
- Chong J, Treichel P and Gero A, 'Evaluating Climate Change Adaptation in Practice: A Child-Centred, Community-Based Project in the Philippines' in Juha I Uitto, Jyotsna Puri and Rob D Van Den Berg (eds), *Evaluating Climate Change Action for Sustainable Development* (Springer International Publishing 2017) <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-43702-6_16> accessed 8 September 2023
- Costello A and others, 'Managing the Health Effects of Climate Change' (2009) 373 The Lancet 1693
- Halvorssen AM, 'International Law and Sustainable Development - Tools for Addressing Climate Change' (2011) 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y
- Heemst, J. van, and V. Bayangos (2004). Poverty and Climate Change. In: Kok M.T.J. and H.C. de Coninck, 2004: 21-52
- Jevrejeva S, Grinsted A and Moore JC, 'Upper Limit for Sea Level Projections by 2100' (2014) 9 Environmental Research Letters 104008
- Maslin M, *Climate Change: A Very Short Introduction* (Third edition, Oxford University Press 2014)
- Pachauri RK, Mayer L and Intergovernmental Panel on Climate Change (eds), *Climate Change 2014: Synthesis Report* (Intergovernmental Panel on Climate Change 2015)
- Parry ML and Intergovernmental Panel on Climate Change (eds), *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability: Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2007)
- Pfister T, Schweighofer M and Reichel A, *Sustainability* (Routledge 2016) <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781134688050>> accessed 8 September 2023
- Poschen P, *Decent Work, Green Jobs and the Sustainable Economy: Solutions for Climate Change and Sustainable Development* (1st edn, Routledge 2015) <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781351283991>> accessed 8 September 2023
- Romm J, *Climate Change: What Everyone Needs to Know* (Oxford University Press 2016)
- Sachs J, *The Age of Sustainable Development* (Columbia University Press 2015)

Segger Marie-Claire Cordonier, 'Sustainable Development in International Law' in Hans Christian Bugge and Christina Voigt (eds), *Sustainable Development in International and National Law* (Europa Law Publishing 2008)

Stern NH, *The Economics of Climate Change: The Stern Review* (Cambridge University Press 2007)

Swart R, Robinson J and Cohen S, 'Climate Change and Sustainable Development: Expanding the Options' (2003) 3 *Climate Policy* S19

Uitto JI, *Evaluating Climate Change Action for Sustainable Development* (Springer Berlin Heidelberg 2017)

Conventions

'Adoption of the Paris Agreement' (2015) <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>> accessed 8 April 2018

'IAP Statement on Ocean Acidification; National Oceanic and Atmospheric Administration' <<https://www.interacademies.org/statement/iap-statement-ocean-acidification>> accessed 8 December 2017

'Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change' (1998) <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>> accessed 20 November 2021

'Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development - A/42/427 Annex, Chapter 2 - UN Documents: Gathering a Body of Global Agreements' <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>> accessed 8 September 2023

'The Rio Declaration on Environment and Development (1992)' (6 August 2017) <https://www.iau-hesd.net/sites/default/files/documents/rio_e.pdf>

'Stockholm Declaration on the Human Environment' (5 June 2018) <<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>>

'Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development' <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf> accessed 21 December 2017

'United Nations Framework Convention on Climate Change: Resolution / Adopted by the General Assembly' (1994) <<https://digitallibrary.un.org/record/180257?ln=en>> accessed 6 May 2022

'United Nations Millennium Declaration' <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_2.pdf> accessed 5 July 2021

'World Summit on Sustainable Development: Resolution / Adopted by the General Assembly' <<https://digitallibrary.un.org/record/482206?ln=en>> accessed 8 August 2023

Websites

'Climate Change Is a Challenge For Sustainable Development' (*World Bank*)
<<https://www.worldbank.org/en/news/speech/2014/01/15/climate-change-is-challenge-for-sustainable-development>> accessed 8 September 2022

Femia Francesco and Werrell Caitlin E, 'Syria: Climate Change, Drought and Social Unrest' (The center for Climate and Security 2012) 11
<https://climateandsecurity.org/wp-content/uploads/2012/04/syria-climate-change-drought-and-social-unrest_briefer-11.pdf> accessed 10 October 2023.

J.E.N. Veron Jen, 'Is the End in Sight for The World's Coral Reefs?' (*Yale E360*)
<https://e360.yale.edu/features/is_the_end_in_sight_for_the_worlds_coral_reefs> accessed 8 September 2023

'Maslow's Hierarchy of Needs: Definition, Examples & Explanation' (*The Berkeley Well-Being Institute*) <<https://www.berkeleywellbeing.com/maslows-hierarchy-of-needs.html>> accessed 8 September 2023

AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı'nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Ahmet ULUTAŞ^(**)

Öz

Terörle küresel ve bölgesel mücadelede başarının, tek tek devletlerin yürütecekleri mücadeleyle elde edilemeyeceği tespiti dile getirilmektedir. Bu bağlamda, sıklıkla sınır aşan veçheleriyle karşımıza çıkan terörün, özellikle insan ve finans kaynaklarının kurutulması, önem taşımaktadır. Bu noktada, devletler arasında yakın işbirliği ihtiyacı, terör suçlarında, diğer suçlara nazaran çok daha fazla hissedilmektedir. Bu amaçla küresel düzeyde özellikle Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde, bölgesel düzeyde ise Avrupa Konseyi (AK) nezdinde çok sayıda sözleşme ve ek protokol kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bugün itibarıyla terörden zarar gören devletlere, diğer devletler tarafından yeterince destek sağlandığını ve anılan sözleşmelerin lafzı ve ruhunda yer alan dayanışma duygusuyla hareket edildiğini söylemek pek mümkün gözükmemektedir. İşte bu noktada, bilhassa 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası ABD'nin önemli ölçüde başı çekmesiyle BM Güvenlik Konseyi tarafından küresel düzeyde bağlayıcı kararlar alınmış ve üye ülkeler nezdinde etkin bir şekilde uygulanması istenilmiştir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği de (AB) esas itibarıyla bölgesel bir örgüt olarak terörle mücadele konusunda özellikle 2001 yılından sonra, aldığı önlemleri artırarak dünyanın geri kalanına ayak uydurmak istemiştir. Bu çalışmada, esas itibarıyla AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 tarihinde açıkladığı "T-182/21 sayılı

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 11.12.2023.

Atıf Şekli: Ahmet Ulutaş, 'AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı'nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1415, 1488.

DOI: 10.52273/sduhfd..1375949.

Bu çalışmaya esas teşkil eden AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 tarihli kararının, Dr. Ahmet ULUTAŞ tarafından Türkçe'ye çevrilen tam metni makalenin ekinde yer almaktadır.

(**) Hâkim, Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ankara, Türkiye.

E-posta: ahmetulutas1@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5529-3048>.

Kurdistan Workers' Party (PKK) v Council of the European Union Kararı" ele alınarak incelenmiştir. Bu yapılırken de öncelikle, anılan karar sürecinden önce PKK tarafından, kısıtlayıcı tedbirler öngören ve terör örgütü listesine dahil eden AB tasarrufları aleyhine yakın tarihte açılmış ve sonuçlanmış davalar hakkında tarihsel perspektiften özlü bilgi sunulacaktır. Bu sayede hem süreç hakkında bilgi verilmesi hem söz konusu kararın mahiyetinin daha iyi kavranılması ve anılan kararların Türkiye bakımından önemine işaret edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Genel Mahkeme, Terörle Mücadele, Terör Örgütü Listeleri.

Evaluation of the PKK Judgment of the EU General Court dated 14 December 2022 from the Perspective of International Law and EU Law

Abstract

It is stated that success in the global and regional fight against terrorism cannot be achieved by the struggle of individual states. In this context, it is important to eliminate the human and financial resources of terrorism, which is frequently encountered with its transboundary aspects. At this point, the need for close cooperation between states is felt much more in terrorist crimes than in other crimes. For this purpose, many conventions and additional protocols have been adopted by the United Nations (UN) at the global level and by the Council of Europe (EC) at the regional level. However, as of today, it does not seem possible to say that enough support has been provided by other states to the states that have suffered from terrorism and that they acted with the sense of solidarity in the letter and spirit of the aforementioned conventions. At this point, especially after the September 11, 2001 attacks, with the USA taking the lead, binding decisions were taken at the global level by the UNSC, and it was requested to be implemented effectively by the member states. In this context, the European Union (EU) wanted to keep up with the rest of the world by increasing the measures it took, especially after 2001, as a regional organization, in the fight against terrorism. In this study, the "Kurdistan Workers' Party (PKK) v Council of the European Union Decision" numbered T 182/21, announced by the General Court of the EU on December 14, 2022, was mainly examined. While doing this, first of all, concise information will be presented from a historical perspective about the recently filed and concluded cases by the PKK against the EU legislation that envisaged restrictive measures and included it in the list of terrorist organizations before the said decision process. In this way, it is aimed to provide information about the process, to better understand the nature of the decision in question, and to point out the importance of the said decisions for Türkiye.

Keywords

United Nations, European Union, General Court, Counter-Terrorism, Terrorist Organization Lists.

Extended Summary

The diagnosis that success in the global fight against terrorism cannot be achieved by individual states in their own struggle is now accepted by almost everyone. Likewise, it is vital to eliminate the human and financial resources of terrorism, which is a phenomenon that often crosses borders, with regard to cut off the path to terrorist acts. At this point, the need for close and sincere cooperation between states and their law enforcement is felt much more in terrorist crimes than in other crimes.

For this purpose, many conventions and additional protocols have been accepted at the global level, especially within the United Nations (UN), and at the regional level, within the Council of Europe (EC), and have received wide-scale approval. However, as of today, it does not seem possible to say that the states that suffer the most from terrorism are provided with sufficient support by the states that are relatively less targets of terrorist acts and that they act with the sense of solidarity in the letter and spirit of the aforementioned conventions.

At this point, especially after the attacks of September 11, 2001, the attention of the international community was turned to this direction and important, globally valid and binding decisions were taken by the UN Security Council (UNSC). Likewise, it was requested that the said decisions be effectively implemented by UN member states. Additionally, permanent mechanisms have been established within the UN for this purpose. In this context, the European Union (EU), essentially a regional organization, wanted to keep up with the rest of the world by increasing the measures it took in the regional and global fight against terrorism, especially after 2001.

This study mainly includes detailed findings and evaluations regarding the Kurdistan Workers' Party (PKK) v Council of the European Union (PKK v. Council) Decision No. T-182/21, announced by the EU General Court on 14 December 2022. While doing this, concise information was given about the major cases recently filed and concluded by the PKK against the European Union (EU) acts that envisaged restrictive measures and included it in the list of terrorist organizations before the said decision process, from a historical perspective and for a better understanding of the subject. In this way, it is aimed to provide information about the process and to better understand the nature of the decision in question.

On the other hand, humanitarian law, referred to by the terrorist organization PKK, is generally defined as a branch of law that includes a set of rules regarding the minimum treatment and assistance that must be provided to people in order to limit the effects of war or armed conflict situations. Likewise, humanitarian law can also be defined as the branch of law that aims to protect those who have not participated or are no longer able to participate in hostilities in situations of war or armed conflict and to limit the methods and means of war. In short, it can be called a set of rules that ensure the protection of people in situations of armed conflict. International humanitarian law is also referred to as the law of war or the law of armed conflict. This law constitutes an element of international law.

Likewise, internal tensions and unrest, such as individual acts of violence, are not included in the scope of international humanitarian law applied in armed conflicts. Essentially, the law of war contained in The Hague Conventions of 1899 and 1907 determines the rights and obligations of warring states by limiting the means and methods that can be used in armed conflict. Its main purpose is related to the organization of the operation. However, humanitarian law, stipulated by the provisions of various international agreements, especially the Geneva Conventions, mainly aims to protect military personnel who are out of combat and those who do not participate in combat at all.

In regulating the rules of humanitarian law, a distinction has been made between international and non-international conflicts. On the other hand, when we look at the issue from the perspective of the decision examined in our study, the use of terrorism to achieve certain goals and results is not a new phenomenon. However, what is really new is the intensification of terrorism worldwide. Essentially, terrorism is also defined as a set of actions that are indiscriminate in their targets. In general, terrorism aims to achieve certain political or other goals by frightening and intimidating. According to one view, terrorism is a fact. War cannot be waged against a fact, but only against an identifiable armed conflict. Therefore, the expression fight against terrorism would be more appropriate than the expression war against terrorism.

At the end of the trial, the General Court decided to reject the case filed by the PKK after the hearing on June 22, 2022, and to leave the expenses incurred by the parties to themselves. As can be seen from the examination of the decision examined in our study, the General Court rejected the PKK's claims referring to the concepts of the application of humanitarian law principles to terrorist acts and the right to self-determination. Therefore, in the decision in question, the General Court indicated and emphasized the legality of PKK's continued existence on the European Union's list of terrorist organizations, along with its detailed legal reasons and justifications.

On the other hand, in its decision dated 15 November 2018 and numbered T-316/14, the CJEU General Court annulled the decisions taken by the EU Council between "10 February 2015 and 4 August 2017" regarding the keeping of the PKK terrorist organization on the list, claiming that the obligation to reasoning was not fulfilled. At this point, it is important that the Second Chamber of the EU Court of Justice, which is the upper court that reviewed this decision of the General Court, decided to overturn it, stating that the EU Council fulfilled its own responsibility to provide sufficient legal justification in its relevant decisions.

GİRİŞ

Terörle küresel mücadelede başarının, tekil devletlerin kendi başlarına yürütecekleri mücadele ile elde edilemeyeceği teşhisi artık neredeyse herkes tarafından kabul edilmektedir. Keza, sıklıkla sınır aşan bir olgu olarak karşımıza çıkan terörün, insan ve finans kaynaklarının kurutulması,¹ terör eylemlerine giden yolun kesilmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu noktada, devletler ve bunların yasa uygulayıcıları arasında yakın ve samimi işbirliği ihtiyacı, terör suçlarında, diğer suçlara nazaran çok daha fazla hissedilmektedir.

Bu amaçla küresel düzeyde özellikle Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde,² bölgesel düzeyde ise Avrupa Konseyi (AK) nezdinde³ çok sayıda sözleşme ve eki protokol kabul edilmiş ve geniş çaplı onaya mazhar olmuşlardır.⁴ Bununla birlikte, bugün itibarıyla terörden en fazla acı çeken ve zarar gören devletlere, görece terör eylemlerinin daha az hedefi olan devletler tarafından yeterince destek sağlandığını ve anılan sözleşmelerin lafzı ve ruhunda yer alan dayanışma duygusuyla hareket edildiğini söylemek çok mümkün gözükmemektedir. İşte bu noktada, 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası ABD'nin önemli ölçüde başı çekmesiyle uluslararası toplumun dikkatleri daha fazla bu yöne çevrilmiş ve BM Güvenlik Konseyi (BMGK) tarafından küresel çapta geçerli ve bağlayıcı önemli kararlar alınmış ve üye ülkeler nezdinde etkin bir şekilde uygulanması istenilmiştir. Keza, bu amaçla BM nezdinde daimi mekanizmalar da kurulmuştur.⁵ Bu bağlamda, Avrupa Birliği de (AB) esas itibarıyla bölgesel bir örgüt olarak terörle bölgesel ve küresel mücadele konusunda özellikle 2001 yılından sonra aldığı önlemleri artırarak dünyanın geri kalanına ayak uydurmak istemiştir.⁶

Bu çalışmada esas itibarıyla AB Genel Mahkemesi'nin 14 Aralık 2022 tarihinde açıkladığı T-182/21 sayılı Kurdistan Workers' Party (PKK) v Council of the European Union (PKK v. Konsey) Kararı'na ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer

¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <[https://www.coe.int/en/web/counter-terrorism/legal-instruments#%2217711252%22:\[0\]](https://www.coe.int/en/web/counter-terrorism/legal-instruments#%2217711252%22:[0])> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ahmet Ulutaş, *An Overview of the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism* (Adalet Publication 2020) 36.

⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://www.un.org/securitycouncil/ctc/content/security-council-resolutions>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2023.

verilecektir. Bu yapılırken de öncelikle, anılan karar sürecinden önce PKK tarafından, kısıtlayıcı tedbirler öngören ve terör örgütü listesine dahil eden Avrupa Birliği (AB) tasarrufları aleyhine yakın tarihte açılmış ve sonuçlanmış belli başlı davalar hakkında, tarihsel perspektiften ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, özlü bilgi verilecektir. Bu sayede hem süreç hakkında bilgi verilmesi hem de söz konusu kararın mahiyetinin daha iyi kavranılması amaçlanmıştır.

I. GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ TERÖR LİSTELERİ

Yukarıda belirtildiği gibi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK), 28 Eylül 2001'de, terörizmin finansmanı başta olmak üzere terörle mücadele amacıyla geniş çaplı stratejiler belirleyen 1373 (2001) sayılı kararı kabul etmiştir.⁷

Söz konusu BMGK kararından kısa süre sonra, 27 Aralık 2001'de, Avrupa Birliği (AB) Konseyi'nde, BMGK'nın 1373 (2001) sayılı kararının ve terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair kabul edilen 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un (OJ 2001 L 344, s. 93) uygulanması için Avrupa Birliği'nin harekete geçmesi ve daha fazla tedbir almasının gerekli olduğu yönünde irade oluşmuştur. Bu bağlamda, özellikle 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 2'nci maddesi, terör eylemlerinde bulunan ve söz konusu Ortak Tutum'un ekinde sayılan şahıs, grup ve oluşumların fonlarının, diğer maddi malvarlıklarının veya ekonomik kaynaklarının dondurulmasını öngörmektedir.

Yine, 27 Aralık 2001 tarihinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'da belirtilen tedbirlerin AB düzeyinde uygulanması için Konsey, terörle mücadele amacıyla (OJ 2001 L 344, s. 70) belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğü ve 2850/2001 sayılı Tüzüğü (OJ 2001 L 344, s. 83) 2(3) maddesinde öngörülen listeyi oluşturan 2001/927/AK sayılı Kararı kabul etmiştir. Terör örgütü PKK, söz konusu bu ilk listede yer almamıştır.

Bununla birlikte, 2 Mayıs 2002'de Konsey, 2001/931 (OJ 2002 L 116, s. 75) sayılı Ortak Tutum'u güncelleyen 2002/340/CFSP sayılı Ortak Tutum'u kabul etmiştir. 2002/340 sayılı Ortak Tutum'un ekinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'da

⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk* (3. Baskı, Dora 2018) 280 vd.; Ayrıca bkz. Jan Wouters/Jed Odermatt, *Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Law-Making Powers of the Security Council* (in Vesselin Popovski, Trudy Fraser (Eds), *The Security Council as Global Legislator* (Routledge 2014)) 79; Vesselin Popovski, *The Legislative Role of the Security Council's Thematic Resolutions* (in Vesselin Popovski, Trudy Fraser (Eds), *The Security Council as Global Legislator* (Routledge 2014)) 2-5; Luis Miguel Hinojosa-Martinez, *A Critical Assessment of United Nations Security Council Resolution 1373* (in Ben Saul (Ed), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, (Edward Elgar 2014)) 626.

belirtilen kısıtlayıcı tedbirlere tabi olan şahıs, grup ve oluşumların listesi güncellenmiş ve terör örgütü PKK, “Kürdistan İşçi Partisi” (PKK) olarak söz konusu listeye dahil edilmiştir.

Keza, 2 Mayıs 2002’de Konsey, 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesini uygulayan ve 2001/927 sayılı Kararı (OJ 2002 L 116, s. 33) yürürlükten kaldıran 2002/334/AK sayılı Kararı kabul etmiştir. Anılan Karar, PKK’yı, 2850/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesi uyarınca öngörülen listede, 2002/340 sayılı Ortak Tutum’un eki listede kullanılan aynı terimlerle adlandırmıştır.

Söz konusu bu belgeler, 2001/930 sayılı Ortak Tutum’un 1(6) maddesi uyarınca ve 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesi uyarınca düzenli olarak güncellenmeye devam etmektedir. Başvuranın adı, mahkemeye yapılan itiraza ve bu listelerin eklendiği bazı karar ve tüzüklerin iptaline rağmen, yukarıda belirtilen önlemler (“dava konusu listeler”) kapsamındaki kısıtlayıcı tedbirlerin geçerli olduğu grup ve oluşumların listesinde kalmaya devam etmiştir. Bu bağlamda, 2 Nisan 2004 tarihinden bu yana, dava konusu listelerdeki oluşumun adı “Kürdistan İşçi Partisi”dir (PKK) (“KADEK”, “KONGRA-GEL”).

Diğer bir deyişle, terör örgütü PKK, 2002 yılından beri Avrupa Birliği’nin terör örgütleri listesinde yer almaktadır.

Buna göre, Konsey tarafından her yıl güncellenen 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2’nci maddesinin 3’üncü paragrafını⁸ uygulayan Konsey Uygulama Tüzükleri ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum Belgesi’nin 2, 3 ve 4’üncü maddelerine⁹ tabi kişi,

⁸ 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2’nci maddesinde; listede yer alan bir gerçek ya da tüzel kişiye, gruba veya kuruluşa ait olan veya bunlar tarafından elde tutulan tüm fonların, diğer finansal varlıkların ve ekonomik kaynakların dondurulacağı, ayrıca bu fonların, diğer finansal varlıkların ve ekonomik kaynakların, listede yer alan bir gerçek ya da tüzel kişinin, grubun veya kuruluşun kullanımı için ya da bunların yararına olacak şekilde doğrudan veya dolaylı olarak uygun hale getirilmeyeceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex%3A32001R2580>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2023.

⁹ 2001/931 sayılı Ortak Tutum Belgesi’nin 2’nci maddesinde; listede yer alan bir gerçek ya da tüzel kişiye, gruba veya kuruluşa ait olan veya bunlar tarafından elde tutulan tüm fonların, diğer finansal varlıkların ve ekonomik kaynakların dondurulacağı,

Ortak Tutum Belgesi’nin 3’üncü maddesinde, bu fonların, diğer finansal varlıkların ve ekonomik kaynakların, listede yer alan bir gerçek ya da tüzel kişinin, grubun veya kuruluşun kullanımı için ya da bunların yararına olacak şekilde doğrudan veya dolaylı olarak uygun hale getirilmeyeceği,

Belgenin 4’üncü maddesinde ise, üye devletlerin cezai konularda polis ve adli işbirliği yoluyla birbirlerine terör eylemlerini önleme ve bunlarla mücadele konusunda mümkün olan en geniş

grup ve kuruluşların listesini güncelleyen ve değiştiren Konsey Kararları ile PKK terör örgütü listede kalmaya devam etmiştir.

Her bir Uygulama Tüzüğü ve Konsey Kararı ile bir önceki Tüzük ve Karar yürürlükten kaldırılmış ve listeler güncellenmiştir.

Esasen, 2580/2001 sayılı AB Tüzüğü, listelenen kişi ve örgütlere ait mal varlıklarının dondurulması gibi somut yaptırım kararlarının AB içinde uygulanmasını sağlamış, 2001/931 sayılı Ortak Tutum Belgesi ise AB'nin konuya ilişkin genel politikası ve tutumunu ortaya koymuştur.

II. TERÖR ÖRGÜTÜ PKK TARAFINDAN GENEL MAHKEME'YE AÇILAN DAVA SÜRECİ

A. Genel Olarak

AB Konseyi tarafından, AB terör örgütleri listesini belirleyen (AT) 2580/2001 sayılı Konsey Tüzüğü ve 2001/931/ODGP sayılı Konsey Ortak Tutum Belgesini güncellemek üzere, 5 Şubat 2021 tarihinde (AB) 2021/138 sayılı Konsey Uygulama Tüzüğü ile (ODGP) 2021/142 sayılı Konsey Kararı kabul edilmiş, ancak söz konusu düzenlemelerin iptali istemiyle terör örgütü PKK tarafından AB Konseyi'ne karşı Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Genel Mahkemesi nezdinde 7 Nisan 2021 tarihinde incelememize konu T-182/21¹⁰ sayılı dava açılmıştır.¹¹

Söz konusu davanın, 22 Haziran 2022 tarihinde ABAD Genel Mahkemesi'nin 4. Dairesinde duruşması yapılmıştır.

Terör örgütü PKK'nın anılan davada özetle; söz konusu Konsey Kararı ve Konsey Uygulama Tüzüğü'nün hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiğini, PKK'nın terör eylemine dâhil olan grup veya kuruluş olarak nitelendirilemeyeceğini, Konsey Ortak Tutum Belgesi çerçevesinde yetkili merci tarafından alınan bir karar

düzeyde destek sağlayacağı, bu amaçla, üye devletlerin, talep üzerine, listede yer alan kişi, grup ve kuruluşlarla ilgili yetkililer tarafından yapılan soruşturma ve işlemlere ilişkin olarak, Avrupa Birliği mevzuatı ve üye devletler yönünden bağlayıcı olan diğer uluslararası sözleşmeler, anlaşmalar ve düzenlemeler uyarınca var olan yetkilerini tamamen kullanması gerektiği şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001E0931>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2023.

¹⁰ Judgment of the General Court (Fourth Chamber), 14 December 2022, ECLI:EU:T:2022:807.

¹¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=268596&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2138>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

bulunmadığını, Konsey Ortak Tutum Belgesi uyarınca uygun şekilde bir gözden geçirme yapılmadığını ve netice itibarıyla iptali istenen düzenlemelerin muhtelif yönleriyle Konsey Ortak Tutum Belgesi ve ilgili Konsey Tüzüğü'ne aykırı olduğunu iddia ettiği anlaşılmaktadır.

Yine terör örgütü PKK tarafından, orantılılık¹² ve ikincilik ilkesine (subsidiarity) riayet edilmediğinin, hukuki tasarrufların gerekçeli olmasına yönelik Kurucu Andlaşma hükmüne uygun hareket edilmediğinin, savunma hakkı ile etkili yargısal koruma ve başvuru haklarının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü de karar gerekçesinde kaydedilmektedir (para.14).

AB Konseyi ise anılan davada özetle, PKK'nın terör örgütleri listesinde kalmaya devam etmesine yönelik Konsey kararlarının alınma sürecinin, bu kararların ABAD'a taşınması üzerine verilen bazı iptal kararlarının ve bu kapsamda bilhassa Konsey'in gözden geçirme sürecinin ve söz konusu süreçteki gerekçelendirilmenin, ABAD kararlarında öngörülen hususlar da gözetilmek suretiyle ayrıntılı şekilde yürütüldüğünü, vurgulamıştır (para.9).

PKK tarafından AB Konseyi'ne karşı Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Genel Mahkemesi nezdinde 7 Nisan 2021 tarihinde açılan ve genel olarak mahiyeti ile kapsamı yukarıda ana hatlarıyla ele alınan T-182/21 sayılı dava hakkındaki gerekçeli karar ise 14 Aralık 2022 tarihinde ABAD'ın resmi internet sayfasında yayınlanmıştır.

B. Terör Örgütünün İnsancıl Hukuk ve Kendi Kaderini Tayin Hakkı Bağlamındaki İddialarına İlişkin Kararda Yer Alan Değerlendirmeler

Çalışmamızda inceleme konusu yapılan kararın incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Genel Mahkeme, PKK'nın terör eylemlerine insancıl hukuk kaidelerinin tatbiki ve kendi kaderini tayin hakkı kavramlarına atıf yapan iddialarını reddetmiş ve terör örgütü listesinde kalmaya devam etmesinin hukukiliğini gerekçeleriyle birlikte vurgulamıştır.

Bu noktada, atıf yapılan insancıl hukukun ne olduğu sorusuna yanıt teşkil etmek üzere, genel olarak savaş veya silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak amacıyla insanlara yapılması gerekli olan asgari davranış ve yardıma dair kurallar bütününe içeren bir hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır. Keza, insancıl hukuk doktrinde *Tütüncü*'ye göre, savaş veya silahlı çatışma durumlarında muhasamata

¹² Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", (Aralık 2018), Yıl:6, Sayı:12, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 363.

katılmamış veya artık katılmayacak durumda olan kişilerin korunmasını ve savaş yöntemleri ile araçlarının sınırlandırılmasını amaçlayan hukuk dalı olarak da tanımlanabilir. Kısaca, silahlı çatışma durumlarında insanların korunmasını sağlayan kurallar bütünü de denilebilir. Milletlerarası insancıl hukuk, aynı zamanda savaş hukuku veya silahlı çatışmalar hukuku olarak da anılmaktadır. Bu hukuk, milletlerarası hukukun bir unsurunu teşkil etmektedir. İnsancıl hukukun kökenleri çok eski tarihlere kadar dayanmakla birlikte kodifikasyonuna 19'uncu yüzyılda başladığı belirtilmektedir. Öte yandan, münferit şiddet hareketleri gibi iç gerginlikler ve karışıklıklar da, silahlı çatışmalarda uygulanan milletlerarası insancıl hukuk kapsamına dahil edilmemiştir. Doktrinde *Öktem* tarafından ise, insancıl hukuk, "uluslararası ya da uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklanan insani sorunları özel olarak düzenlemeye yönelik olarak oluşturulmuş ve insani nedenlerle, tarafların istedikleri savaş yöntem ya da araçlarını kullanma hakkını sınırlayan ya da çatışmadan zarar gören ya da görebilecek kişi ve malları koruyan, sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallar" olarak tanımlandığı ifade edilmektedir. Keza, *Öktem*'e göre uluslararası hukuk, hukukun en zayıf noktası olarak ele alınırsa, savaşa ilişkin hukuk kuralları da uluslararası hukukun en zayıf noktası sayılabilecektir. Esas itibarıyla 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerinde yer alan savaş hukuku, silahlı çatışmada başvurulabilecek araç ve yöntemleri sınırlayarak savaşan devletlerin hak ve borçlarını belirlemektedir. Temel amacı harekâtın düzenlenmesine ilişkindir. Ancak, başta Cenevre Sözleşmeleri olmak üzere muhtelif uluslararası sözleşmelerde düzenlenen hükümlerle öngörülen insancıl hukuk ise, muharebe dışı kalan askeri personeli ve muharebeye hiç katılmayan kişileri korumayı amaçlamaktadır. İnsancıl hukuk kurallarının tanziminde ise uluslararası ve uluslararası olmayan çatışma ayrımına gidilmiştir. Diğer taraftan, çalışmamızda inceleme konusu yapılan karar perspektifinden meseleye bakıldığında ise terörün belirli amaçlara ve sonuçlara ulaşmak için kullanılması, yeni bir olgu değildir. Ancak, asıl yeni olan terörün dünya çapında yoğunluk kazanmasıdır. Esasen, terör, hedefte ayırım gözetmeyen eylemler bütünü olarak da nitelenmektedir. Genel olarak korkutup, yıldırım suretiyle belirli siyasi veya farklı amaçlara ulaşmak ister. Bu noktada *Tütüncü*'ye göre, terörizm bir olgu'dur. Savaş, bir olguya karşı yürütülemez, ancak, sadece kimliği belirlenebilir bir silahlı çatışmaya karşı sürdürülebilir. Dolayısıyla, *terörizme karşı mücadele* ifadesi, *terörizme karşı savaş* ifadesinden daha uygun olacaktır.¹³

¹³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta 2019) 1, 51, 53, 61; Ayrıca bkz. A. Emre Öktem, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları* (Derin Yayınları 2007) 67, 71; M. Yasin Aslan, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri" (2008), 79, TBB Dergisi 235; Melda

Öte yandan, çalışmamızda inceleme konusu yapılan 14 Aralık 2022 tarihli kararın bilhassa 104-114'üncü paragraflarında, yukarıda da belirtildiği gibi terör örgütü PKK'nın gerçekleştirdiği terör eylemleri bağlamında ileri sürdüğü iddiaları ele alınmış ve aşağıda yer alan gerekçelerle bu iddialar temelsiz bulunarak reddedilmiştir. Buna göre;

“1.2001/931 sayılı Ortak Tutum Madde 1(3)’te atıfta bulunulan amaçların, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi amacıyla yapılan meşru silahlı çatışma ışığında yorumlanması gerektiğine ilişkin argüman

104 Başvuran, kendisi ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki silahlı çatışmayı gerekçe göstererek, Konsey tarafından kendisine isnat edilen eylemlerin terörist amaçlarla işlendiğini reddetmektedir. Başvuranın sunumuna göre, uluslararası hukuk uyarınca silahlı çatışmada şiddete başvurulmasına prensip olarak izin verildiğinden, itiraz edilen tedbirlerin içinde bulunduğu bağlamın, bir diğer deyişle Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi amacıyla PKK ve Türk makamları arasında yapılan meşru silahlı çatışmanın göz önünde bulundurulması önemlidir. TEU (Avrupa Birliği Antlaşması) madde 3(5) ve 21 uyarınca, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3), kendi kaderini tayin etmeye ilişkin uluslararası hukuk, uluslararası insancıl hukuk veya demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün temel değerleri ışığında yorumlanmalıdır. Başvuran, silahlı bir çatışma sırasındaki eylemlerin terör eylemi teşkil edebileceğini belirten 14 Mart 2017 tarihli A/Diğerleri davası (C-158/14, EU:C:2017:202) kararından yola çıkarak, silahlı çatışma sırasında yapılan eylemlerin hangi durumlarda terör eylemi teşkil ettiğinin belirlenmesi ihtiyacını vurgulamaktadır.

105 Dolayısıyla başvuran, kendisine isnat edilen eylemlerin terör amaçlı işlendiği iddiasına karşı çıkmakta ve bir eylemde bulunma ile bu eylemi terör amacıyla işleme arasında yapılması gereken ayrımı vurgulamaktadır. Özellikle, Türk Devletini istikrarsızlaştırmayı veya yok etmeyi değil, geliştirmeyi ve kendi

Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (5.Baskı, Beta 2011), 263; Şeref Ünal, *Uluslararası Hukuk* (Yetkin 2005) 291; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt: II* (5.Baskı, Seçkin 2019), 151; İslam Safa Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler* (Adalet 2022) 185; Anders Henriksen, *International Law* (2nd Edition, Oxford 2019), 279; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (11.Baskı, Turhan 2012), 530; Yücel Acer, İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (10.Baskı, Seçkin 2019) 353; David J. Bederman, Chimene I. Keitner, *International Law Frameworks* (4th Edition, Foundation Press 2016) 251; Gerd Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy* (Cambridge 2015), 309; Füsün Arsava, “Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması”, (Nisan 2015), (6) 21, TAAD 29-30.

kaderini tayin etme hakkı da dâhil olmak üzere Avrupa Birliği'nde benimse- nen demokratik ilkelerle uyumlaştırmayı amaçladığını savunmaktadır. Ay- rıca, Türk Hükümetine, Kürtler için daha iyi bir toplumsal durum yaratmayı kabul ettirmeye çalıştığı için bunun haksız olarak nitelendirilemeyeceğine değinmiştir. Son olarak, başvuran, yalnızca meşru askeri hedeflerin güdül- düğü gerekçesiyle, bazen sivillerin ölümüne yol açılmış olsa da kendisine is- nat edilen eylemlerden hiçbirinin sivil halkı hedef almadığını öne sürmekte- dir.

106 Bu kapsamda, hem Adalet Divanı'nın hem Genel Mahkeme'nin içtihatların- dan anlaşılacağı üzere, uluslararası insancıl hukuk anlamında silahlı bir ça- tışmanın varlığının, 2001/931 sayılı Ortak Tutum gibi terörizmin önlenme- siyle ilgili AB hukuku hükümlerinin, işlenebilecek terör eylemlerine uygulan- masını engellemediği unutulmamalıdır (14 Mart 2017 tarihli A/Diğerleri da- vası kararı, C-158/14, EU:C:2017:202, para.97 ve 98; ayrıca bkz. 24 Kasım 2021 tarihli yayınlanmamış LTTE/Konsey davası kararı, T-160/19, EU:T:2021:817, para.294 ve atıf yapılan içtihat).

107 Esasen, 2001/931 sayılı Ortak Tutum, söz konusu eylemin kapsamı bakımın- dan, eylemin uluslararası insancıl hukuk anlamında bir silahlı çatışma bağ- lamında işlenip işlenmediği hususunda herhangi bir ayırım yapmaz. Ayrıca, Avrupa Birliği ve Üye Devletlerinin amacı, mevcut uluslararası hukukun amaçları doğrultusunda terörün her şekliyle mücadele etmektir (16 Ekim 2014 tarihli LTTE/Konsey davası kararı, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.58).

108 Ayrıca, başvuran, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un silahlı çatışma durumla- rındaki uygulanabilirliğine itiraz etmemekle beraber, söz konusu Ortak Tu- tum hükümlerinin, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi için Türk ma- kamlarına karşı yürüttüğü silahlı çatışmanın meşru niteliğini göz önünde bu- lundurarak yorumlanması gerektiğini düşünmektedir.

109 Başvuranın da savunduğu üzere, özellikle 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. maddesinde belirtilen kendi kaderini tayin etmeye ilişkin mutlak ilkenin, kendi kendini yönetmeyen tüm bölgeler ve bağımsızlığını henüz kazanmamış tüm halklar için geçerli olan bir uluslararası hukuk ilkesi olduğu kabul edilmelidir (bkz.21 Aralık 2016 tarihli, Konsey/Polisario Cephesi davası kararı, C-104/16 P, EU:C:2016:973, para.88 ve 4 Eylül 2019 tarihli Hamas/Konsey davası kararı, T-308/18, EU:T:2019:557, para.217).

- 110 İşbu davaya uygulanması veya kendi kaderini tayin amacıyla silahlı kuvvete başvurulması konusunda bir görüş bildirmeden, söz konusu ilkenin, bir bölge halkının veya nüfusunun kendi kaderini tayin etme hakkını kullanmak üzere 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3)'te bahsedilen araca başvurabileceği anlamına gelmediği hükmüne varılmalıdır (4 Eylül 2019 tarihli Hamas/Konsej davası kararı, T-308/18, EU:T:2019:557, para.218 ve 24 Kasım 2021 tarihli yayınlanmamış LTTE/Konsej kararı, T-160/19, EU:T:2021:817, para.299).
- 111 Mahkeme, "baskıcı bir hükümete" karşı silahlı çatışmaya dâhil olan özgürlük hareketleri taraflı silahlı çatışmalarda terör eylemlerinin yasaklanmasına yönelik bir istisnanın AB hukukunda ve hatta uluslararası hukukta hiçbir temeli olmadığına hâlihazırda karar vermişti. Özellikle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 28 Eylül 2001 tarihli 1373 (2001) sayılı kararı, Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmesi, Uluslararası ve Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I ve II. Protokoller ve 9 Aralık 1999 tarihinde New York'ta imzalanan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme olmak üzere uluslararası hukuk hükümleri, terör eylemlerini kınamaları noktasında, eylemi gerçekleştirenin statüsü ile hedefleri arasında ayırım yapmazlar (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.68).
- 112 Ayrıca, mevcut davada, başvuranın kendi kaderini tayin etme amaçlarına yönelik olarak özellikle silahlı çatışmalarda terör eylemlerinin yasaklanmasında bir istisna olduğu iddiasını destekleyen tek bir hükme - bu örnekte AB hukukunun - atıfta bulunduğu gözlemlenmelidir; şöyle ki, terörle mücadeleye ilişkin 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararına (OJ 2002 L 164, s. 3) ve bilhassa, "Silahlı kuvvetlerin, uluslararası insancıl hukuk tarafından bu kanun kapsamındaki anlamıyla düzenlenen, silahlı çatışma dönemlerindeki eylemleri ve diğer uluslararası hukuk kurallarına tabi oldukları ölçüde, bir devletin silahlı kuvvetlerinin resmi görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri eylemler, bu Çerçeve Karara tabi değildir" ifadesi olan bu Çerçeve Kararının 11. gerekçesine. Başvuran, 2022/475 sayılı Çerçeve Kararına, II. Dünya Savaşı esnasında gerçekleşen çeşitli Avrupa direniş hareketleri tarafından yürütülenler gibi silahlı direnişi açık bir şekilde kapsamı dışında tutan bir beyanın eşlik ettiğini eklemektedir.

113 Ancak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum, tıpkı AB düzeyinde uyguladığı 1373 (2001) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı gibi, 2002/475'in sayılı Çerçeve Kararın 11. gerekçesi ile karşılaştırılabilir hiçbir hüküm içermekte ve bu Ortak Tutum'da bu şekilde bir açıklamanın olmaması, tam olarak Konsey'in, terörizmin finansmanı ile mücadele yoluyla önlenmesi söz konusu olduğunda Ortak Tutum hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir istisna sağlamama niyetini ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208 /11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.74-76).

114 2022/475 sayılı Çerçeve Kararına ve bu çerçeve karara eşlik eden Konsey beyanına yapılan atfın alakasız olduğu anlaşılmaktadır.”

Karardan alıntılanan yukarıda maruz paragraflarda yer alan sarih ibarelerden de anlaşılacağı üzere Mahkeme, terör örgütü PKK'nın iddialarına dayanak yapılan atıfların alakasız olduğuna hükmetmiştir.¹⁴

III. TERÖR ÖRGÜTÜ PKK TARAFINDAN DAHA ÖNCE AÇILAN DAVALAR

AB Konseyi tarafından 2002 yılından beri, AB terör örgütleri listesini belirleyen (AT) 2580/2001 sayılı Konsey Tüzüğü ve 2001/931/ODGP sayılı Konsey Ortak Tutum Belgesini güncellemek üzere çıkarılan “Konsey Uygulama Tüzükleri” ve “Konsey Kararları” ile her iki listeye de dâhil edilen terör örgütü PKK, 1 Mayıs 2014 tarihinde 2580/2001 sayılı Tüzüğün iptali ve Tüzükte yer alan listeden çıkmak için, ABAD bünyesinde ilk derece mahkemesi gibi faaliyet gösteren ABAD Genel Mahkemesi'ne dava açmıştır. PKK terör örgütünün AB terör örgütü listesinden çıkarılmasına ilişkin başvurunun ele alındığı davanın duruşması 16 Nisan 2018 tarihinde yapılmış, 15 Kasım 2018 tarihinde ise ABAD Genel Mahkemesi tarafından T-316/14 sayılı gerekçeli karar açıklanmıştır.¹⁵

¹⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. A. Emre Öktem, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları* 206-207; Ayrıca bkz. Fatma Taşdemir, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 18/3, (2016) 664; Arsava, “Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması” 14; James Summers, *The Internal and External Aspects of Self-Determination Reconsidered* (in Duncan French (Ed), *Statehood and Self Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law* (Cambridge 2013)), 229; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th Edition, Oxford 2008) 579.

¹⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207801&doclang=EN>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

Genel Mahkeme'nin söz konusu kararında; davanın açıldığı tarihten (Mayıs 2014) davaya ilişkin son yazılı dilekçelerin verildiği tarihe kadar (Ağustos 2017) olan dönemde PKK'yı listede tutan kararların güncel olmadığı, listeden çıkma taleplerinin yeterince ve doğru şekilde incelenmediği ve PKK'nın itirazları reddedilirken yeterli gerekçe gösterilmediği, bu sebeple ilgili AB Konseyi kararlarının gerekçelerinin gerekli yasal standartta olmadığı ileri sürülerek dava konusu olan "10 Şubat 2015 ile 4 Ağustos 2017" tarihleri arasındaki dönemi kapsayan 11 Konsey kararının PKK açısından iptal edilmesine karar verilmiştir.

Öte yandan Mahkeme, son yazılı dilekçenin verildiği tarihten sonra, listeyi yenileyen ve mutata şekilde PKK'yı da listeye dâhil eden 21 Mart 2018 tarihli Konsey kararının, zaman bakımından dava konusu dışında kaldığı gerekçesiyle, bu kararı iptal etmediğini duyurmuş, bu şekilde PKK'nın halen listede olduğunu belirtmiştir. Buna göre, 15 Kasım 2018 tarihinde sonuçlanan davada Mahkeme özetle:

1. Terörist kişi ve örgütlere kısıtlayıcı tedbir ve yaptırım öngören 2580/2001 sayılı AB Tüzüğü'nün iptali talebini reddetmiştir.
2. Bununla birlikte, söz konusu davanın konusu olan ve PKK'nın 2580/2001 sayılı AB Tüzüğündeki listede tutulmasına ilişkin AB Konseyi'nin "10 Şubat 2015 ile 4 Ağustos 2017" tarihleri arasında aldığı kararların PKK yönünden iptaline karar vermiştir.

Bu kapsamda; bazı kişilere ve varlıklara yönelik özel kısıtlayıcı tedbirler hakkındaki 2580/2001 sayılı Tüzüğü'nün 2'nci maddesinin 3'üncü paragrafını uygulayan 125/2014, 790/2014, 2015/513, 2015/1325, 2015/2425, 2016/1127, 2017/150, 2017/1420 sayılı Konsey Uygulama Tüzüğü'nün PKK terör örgütüyle ilgili kısımları yönünden iptal edilmesine karar verilmiştir.

Yine, terörle mücadeleyle yönelik özel tedbirlerin uygulanmasına ilişkin 2001/931 sayılı Ortak Tutum Belgesi'nin 2, 3 ve 4'üncü maddelerine tabi kişi, grup ve kuruluşların listesini güncelleyen ve değiştiren, 2015/521, 2015/1334 ve 2017/1426 sayılı Konsey Kararlarının PKK terör örgütüyle ilgili kısımları yönünden iptal edilmesine karar verilmiştir.

3. Ancak, PKK'nın 2580/2001 sayılı AB Tüzüğü'ndeki listede tutulmasına ilişkin AB Konseyi'nin daha sonra aldığı için "dava konusu dışında kalan" 21 Mart 2018 tarihindeki son kararı gereği, PKK'nın listede kalmaya devam edeceğini vurgulamıştır (T-316/14, para.119).¹⁶

¹⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207801&doclang=EN>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

Buna göre Konsey, dava konusu dışında kalacak bir zaman içinde (yani son dilekçelerin verildiği tarihten sonra), 21 Mart 2018 tarihinde PKK'yı listede tutan Konsey kararını yenilemiştir. Bu şekilde Mahkemenin, Konsey'in geçmiş kararlarını iptal etse bile son kararı iptal etmemesi durumu söz konusu olabilmektedir.

Diğer bir deyişle, Konsey'in PKK'yı listede tutan ve dava konusu dönemi kapsayan Mayıs 2014-Ağustos 2017 arasındaki kararları iptal edilmiş, ancak PKK'yı listede tutan en son karar olan 21 Mart 2018 tarihli karar uyarınca, PKK listede kalmaya devam etmiştir. ABAD, bu son kararı ele almamıştır.

AB Konseyi, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün 56'ncı maddesi uyarınca, Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin PKK ile ilgili 15 Kasım 2018 tarihli T-316/14 sayılı kararını temyiz ederek ABAD İkinci Dairesi'nin önüne getirmiştir.¹⁷

Adalet Divanı, AB Konseyi'nin ileri sürdüğü temyiz sebepleri ile ilgili yaptığı değerlendirmede; yerleşik içtihadına göre, bir kişi veya kuruluşun adının başlangıçta 2001/931 sayılı Ortak Tutum Belgesi'nin 1(4) maddesine tabi olan fonların dondurulmasına ilişkin bir listeye dâhil edildiği eylemler ile Ortak Tutum Belgesi'nin 1(6) maddesi uyarınca bu kişi veya kuruluşun adının söz konusu listede yer almaya devam etmesi arasında ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir.

ABAD, Genel Mahkeme'nin temyiz edilen kararının 68, 77 ve 78'inci paragraflarında hükmettiğinin aksine, Konsey'in, PKK'nın 2009 yılından bu yana tek taraflı olarak ilan edilen ateşkeslere rağmen terörist faaliyetlere karışması riski olduğunu ortaya koyduğunu kaydederek, AB Konseyi'nin temyiz talebinde yer alan gerekçelerini kabul etmiş ve AB Konseyi'nin kararlarında yasal gerekçe bildirme sorumluluğunu yerine getirdiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, temyiz konusu Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin 15 Kasım 2018 tarihli ve T-316/14 sayılı "PKK vs. AB Konseyi" kararını bozarak, kararın hüküm kısmının 1, 11, 13 ve 14'üncü maddelerinin iptaline karar vermiş ve yargılamanın durumunun ABAD tarafından nihai karar verilmesine izin vermediği kanaatiyle davanın Genel Mahkeme'ye geri gönderilmesine hükmetmiştir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ABAD Genel Mahkemesi, terör örgütü PKK tarafından AB terör örgütleri listesinden çıkabilmek için açılmış olan

¹⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1553121564186 &uri=CELEX:62019CN0046>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

T-182/21 sayılı dava hakkında, 22 Haziran 2022 tarihinde yapmış olduğu duruşma sonrasında kararını açıklamıştır. Söz konusu hükme ilişkin gerekçeli karar ise 14 Aralık 2022 tarihinde ABAD'ın resmi internet sayfasında yayınlanmıştır. Buna göre, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın (TFEU) 263'üncü maddesi uyarınca açtığı davada PKK, alakalı olduğu ölçüde, aşağıdaki tedbirlerin iptalini istemiştir:

- Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 2, 3 ve 4'üncü maddelerine tabi şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2021/142 sayılı 5 Şubat 2021 tarihli Konsey Kararı ile (CFSP) 2020/1132 sayılı (OJ 2021 L 43, s.14) yürürlükten kaldıran Karar;
- (AB) 2021/138 sayılı ve 5 Şubat 2021 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve (AB) 2020/1128 sayılı (OJ 2021 L 43, s.1) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü;
- Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 2, 3 ve 4'üncü maddelerine tabi şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2021/1192 sayılı 19 Temmuz 2021 tarihli Konsey Kararı ile 2021/142 sayılı (OJ 2021 L 258, s. 42) yürürlükten kaldıran Karar;
- (AB) 2021/1188 sayılı 19 Temmuz 2021 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve 2021/138 sayılı (OJ 2021 L 258, s. 14) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü;
- Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 2, 3 ve 4. maddelerine istinaden şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2022/152 sayılı 3 Şubat 2022 tarihli Konsey Kararı ile 2021/192 sayılı (OJ 2021 L 25, s. 13) yürürlükten kaldıran Karar;
- (AB) 2022/147 sayılı 3 Şubat 2022 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve 2021/1188 sayılı (OJ 2022 L 25, s. 1) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü.

Yapılan yargılama sonunda Genel Mahkeme, 22 Haziran 2022 tarihli duruşma sonrasında PKK tarafından açılan davanın reddine, tarafların yaptıkları masrafların

kendi üzerlerinde bırakılmasına karar vermiştir. Çalışmamızda inceleme konusu yapılan kararın incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Genel Mahkeme, PKK'nın terör eylemlerine insancıl hukuk kaidelerinin tatbiki ve kendi kaderini tayin hakkı kavramlarına atıf yapan iddialarını reddetmiş ve terör örgütü listesinde kalmaya devam etmesinin hukukiliğini gerekçeleriyle birlikte vurgulamıştır.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği gibi ABAD Genel Mahkemesi'nin 15 Kasım 2018 tarihli ve T-316/14 sayılı kararında, gerekçelendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürerek, PKK terör örgütünün listede tutulmasına ilişkin AB Konseyi'nin "10 Şubat 2015 ile 4 Ağustos 2017" tarihleri arasında aldığı kararların iptaline yönelik kararını temyizden inceleyen üst mahkeme niteliğindeki AB Adalet Divanı İkinci Dairesi'nin, AB Konseyi'nin kararlarında yasal gerekçe bildirme sorumluluğunu yerine getirdiğini belirterek bozma kararı vermesi önem taşımaktadır.¹⁸

¹⁸ Esasen ABAD, bugün itibarıyla 2 mahkemeden oluşmaktadır: Adalet Divanı ve Genel Mahkeme. Buna göre, bir anlamda temyiz mahkemesi olarak da fonksiyon gördüğü söylenebilecek olan Adalet Divanı, ABA madde 19(2) hükmü uyarınca her üye devletten gelen birer hâkimden oluşmaktadır. Keza, ABİHA madde 252 hükmü uyarınca, 11 hukuk sözcüsü Adalet Divanı'na yardımcı olur. Genel Mahkeme, ABA madde 19(2) hükmü uyarınca her üye devletten en az 1 hâkimden oluşur. ABAD'ın Statüsüne İlişkin 3 No.lu Protokol'ün 47'nci maddesi uyarınca ABAD hâkimlerinin atanma ve statülerine ilişkin hükümler, Genel Mahkeme bakımından da geçerlidir. Genel Mahkeme, uzunca bir süre her üye devletten 1 hâkimden oluşmuşsa da hâkim sayısının kademeli olarak artışına ilişkin düzenleme sonucu 1 Eylül 2019 itibarıyla her üye devletten 2 hâkimden oluşması öngörülmüştür. ABAD, kurucu anlaşmalar ile öngörülen davalara bakar ve bu davalar; Adalet Divanı ve Genel Mahkeme arasında bölüşülmüştür. Buna göre, Genel Mahkeme, ihlâl davası hariç her türlü AB hukuku uyumsuzluğuna ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevlidir. Buna göre, Adalet Divanı'nın yetkisine tahsis edilen konuların dışında Genel Mahkeme, özellikle bireyler tarafından açılan iptal, ihmal, tazminat davaları ile AB'nin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan davalarda yetkili kılınmaktadır. Adalet Divanı, kural olarak bir üye devlet veya Birlik kurumu iptal ya da ihmal davasını açıyorsa yetkilidir, Genel Mahkeme, bir gerçek veya tüzel kişi iptal ya da ihmal davasını açıyorsa yetkilidir. Genel Mahkeme'nin bu konularda verdiği kararlar aleyhine, ABİHA madde 256(1) uyarınca hukuki unsurları bakımından, temyizden ABAD'a başvuru imkânı mevcuttur. ABAD Statüsünün 62'nci maddesi uyarınca Genel Mahkeme'nin, davanın AB hukukunun uyumunu etkileyebilecek bir içtihadı gerektirdiği kanısına varması hâlinde dosyayı Adalet Divanı'na göndermesi gerekmekte olup, Genel Mahkeme tarafından verilen kararlar da ancak AB hukukunun birliği ve uyumunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi gibi istisnai hallerde, Divan tarafından yeniden ele alınabilecektir. Adalet Divanı, ihlâl davası ve ön karar prosedürü yönünden tek başına yetkili iken iptal ve ihmal davası ile ilgili yetkisini Genel Mahkeme ile paylaşır. Genel Mahkeme, iptal ve ihmal davası Adalet Divanı'nca görülüyorsa yetkilidir. Adalet Divanı, bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu ve/veya Konsey'in eylemi ya da eylemsizliği üzerine iptal veya ihmal davası açmışsa yetkilidir. Genel Mahkeme, iptal ve ihmal davası ile ilgili yetkisini Adalet Divanı ile paylaşır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Sanem Baykal, İlke Göçmen, *Hâkim ve Savcılar için AB Hukuku El Kitabı* (Adalet Bakanlığı Yayını 2021) 118-127.

KAYNAKÇA**Kitap-Makale**

- Acer Y, Kaya İ, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (10.Baskı, Seçkin 2019)
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt: II* (5.Baskı, Seçkin 2019)
- Arsava F, "Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması", (6) 21, (Nisan 2015), TAAD 1-40
- Aslan M. Y, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", (2008) (79), TBB Dergisi, 235-274
- Baykal S, Göçmen İ, *Hâkim ve Savcılar için AB Hukuku El Kitabı* (Adalet Bakanlığı Yayını 2021)
- Bederman D J, Keitner C I, *International Law Frameworks* (4th Edition, Foundation Press 2016)
- Brownlie I, *Principles of Public International Law* (7th Edition, Oxford 2008)
- Dost S, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", (Aralık 2018), Yıl:6, Sayı:12, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 361-399
- Henriksen A, *International Law* (2nd Edition, Oxford 2019)
- Hinojosa-Martinez L M, *A Critical Assessment of United Nations Security Council Resolution 1373* (in Ben Saul (Ed), *Research Handbook on International Law and Terrorism* (Edward Elgar 2014))
- Kaya İ S, *Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler* (Adalet 2022)
- Oberleitner G, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy* (Cambridge 2015)
- Öktem A E, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları* (Derin Yayınları 2007)
- Pazarci H, *Uluslararası Hukuk* (11.Baskı, Turhan 2012)
- Popovski V, *The Legislative Role of the Security Council's Thematic Resolutions* (in Veselin Popovski, Trudy Fraser (Eds), *The Security Council as Global Legislator* (Routledge 2014))
- Reçber K, *Uluslararası Hukuk* (3.Baskı, Dora 2018)
- Summers J, *The Internal and External Aspects of Self-Determination Reconsidered* (in Duncan French (Ed), *Statehood and Self Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law* (Cambridge 2013))
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (5.Baskı, Beta 2011)
- Taşdemir F, "Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 18/3, (2016) 644-668
- Tütüncü A N, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta 2019)

Ulutaş A, *An Overview of the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism* (Adalet Publication 2020)

Ünal Ş, *Uluslararası Hukuk* (Yetkin 2005)

Wouters J, Odermatt J, *Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Law-Making Powers of the Security Council* (in Vesselin Popovski, Trudy Fraser (Eds), *The Security Council as Global Legislator* (Routledge 2014))

İnternet Kaynakları

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=268596 &pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2138>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207801&doclang=EN>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

Case C-46/19 P: Appeal brought on 25 January 2019 by Council of the European Union against the judgment of the General Court (Third Chamber, Extended Composition) delivered on 15 November 2018 in Case T-316/14: Kurdistan Workers' Party (PKK) v Council OJ C 103, 18 Mart 2019; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1553121564186 &uri=CELEX:62019CN0046>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2023.

<<https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

<<https://www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

<<https://www.un.org/securitycouncil/ctc/content/security-council-resolutions>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

<[https://www.coe.int/en/web/counter-terrorism/legal-instruments#{%2217711252%22:0\]}](https://www.coe.int/en/web/counter-terrorism/legal-instruments#{%2217711252%22:0]})> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023.

<<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2023.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex%3A32001R2580>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2023.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001E0931>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2023.

EK

GENEL MAHKEME’NİN KARARI^(*)

(Dördüncü Daire)

14 Aralık 2022 (*)

(Ortak dış politika ve güvenlik politikası (CFSP) - Terörle mücadele amacıyla [terör örgütü] PKK’ya uygulanan kısıtlayıcı tedbirler - Fonların dondurulması - 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum - (AK) 2580/2001 sayılı Tüzük - Silahlı çatışma durumlarına uygulanabilirliği - Terörist grup - fonları dondurma kararlarının olgusal temeli - Yetkili makam tarafından alınan karar - Üçüncü Devletin Makamı - İnceleme - Gerekçe belirtme yükümlülüğü - Orantısallık - Savunma hakları - Etkin yargısal korunma hakkı).

T-182/21 sayılı Davada,

Avukat A. van Eik ve T. Buruma tarafından temsil edilen
Başvuran Kürdistan İşçi Partisi (PKK),

-

Vekil B. Driessen and S. Van Overmeire tarafından temsil edilen
Davalı Avrupa Birliği Konseyi,

GENEL MAHKEME (Dördüncü Daire),

Müzakereler esnasında S. Gervasoni (Raportör), Başkan L. Madise ve Hâkim P. Nihoul ve Yazı İşleri Müdürü I. Kurme katılımıyla toplanan heyet,

Usulün yazılı kısmına istinaden, özellikle 16 Eylül 2021 ve 1 Nisan 2022 tarihinde başvuruda istenen karara dair değişiklikler uyarınca,

22 Haziran 2022 tarihli duruşmada aşağıdaki karara varmıştır:

Karar

- 1 Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın (TFEU) 263. maddesi uyarınca açtığı davada Kürdistan İşçi Partisi (PKK), başvuranla alakalı olduğu ölçüde, aşağıdaki tedbirlerin iptalini istemektedir:
 - Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum’un 2, 3 ve 4. maddelerine tabi şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2021/142 sayılı 5 Şubat 2021 tarihli Konsey Kararı ile (CFSP) 2020/1132 sayılı (OJ 2021 L 43, s.14) yürürlükten kaldıran karar,

^(*) <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=268596&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2138>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023

- (AB) 2021/138 sayılı ve 5 Şubat 2021 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve (AB) 2020/1128 sayılı (OJ 2021 L 43, s.1) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü,
- Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 2, 3 ve 4. maddelerine tabi şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2021/1192 sayılı 19 Temmuz 2021 tarihli Konsey Kararı ile 2021/142 sayılı (OJ 2021 L 258, s.42) yürürlükten kaldıran karar,
- (AB) 2021/1188 sayılı 19 Temmuz 2021 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve 2021/138 sayılı (OJ 2021 L 258, s.14) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü,
- Terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 2, 3 ve 4'üncü maddelerine istinaden şahıs, grup ve oluşumların listesinin güncellenmesine dair (CFSP) 2022/152 sayılı 3 Şubat 2022 tarihli Konsey Kararı ile 2021/192 sayılı (OJ 2021 L 25, s.13) yürürlükten kaldıran karar,
- (AB) 2022/147 sayılı 3 Şubat 2022 tarihli Konsey Uygulama Tüzüğü, terörle mücadele amacıyla belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) uygulama maddesi ve 2021/1188 sayılı (OJ 2022 L 25, s.1) yürürlükten kaldıran Uygulama Tüzüğü.

I. İhtilafın arka planı ve yargılama sürecinde meydana gelen gelişmeler

- 2 Başvuran, 1978 yılında kurulmuş olup Kürtlerin kendi kaderini tayin etme hakkının tanınması için Türk Hükümetiyle silahlı mücadeleye girmiştir.
- 3 28 Eylül 2001'de, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK), terörizmin finansmanı başta olmak üzere terörle mücadele amacıyla geniş çaplı stratejiler belirleyen 1373 (2001) sayılı kararı kabul etmiştir.
- 4 27 Aralık 2001'de, Avrupa Birliği Konseyi, BMGK'nin (2001) sayılı kararının ve terörle mücadele amacıyla belirli tedbirlerin uygulanmasına dair kabul edilen 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un (OJ 2001 L 344, s.93) uygulanması için Avrupa Birliği'nin harekete geçmesinin gerekli olduğuna kanaat getirmiştir. Özellikle de 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 2. maddesi, terör eylemlerinde bulunan ve söz konusu Ortak Tutum'un ekinde sayılan şahıs, grup ve oluşumların fonlarının, diğer maddi malvarlıklarının veya ekonomik kaynaklarının dondurulmasını öngörmektedir.
- 5 Yine, 27 Aralık 2001 tarihinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'da belirtilen tedbirlerin AB düzeyinde uygulanması için Konsey, terörle mücadele amacıyla (OJ 2001 L 344, s.70) belirli şahıslara ve oluşumlara yönelik belli başlı kısıtlayıcı tedbirlere dair (AK)

2580/2001 sayılı Tüzüğü ve 2850/2001 sayılı Tüzüğün (OJ 2001 L 344, s. 83) 2(3) maddesinde öngörülen listeyi oluşturan 2001/927/AK sayılı Kararı kabul etmiştir. Başvuran, söz konusu bu ilk listede yer almıyordu.

- 6 2 Mayıs 2002’de Konsey, 2001/931 (OJ 2002 L 116, s. 75) sayılı Ortak Tutum’u güncelleyen 2002/340/CFSP sayılı Ortak Tutum’u kabul etmiştir. 2002/340 sayılı Ortak Tutum’un ekinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’da belirtilen kısıtlayıcı tedbirlerle tabi olan şahıs, grup ve oluşumların listesi güncellenmiş ve başvuranın adı: “Kürdistan İşçi Partisi” (PKK) olarak listeye dahil edilmiştir.
- 7 Yine 2 Mayıs 2002’de Konsey, 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesini uygulayan ve 2001/927 sayılı Kararı (OJ 2002 L 116, s. 33) yürürlükten kaldıran 2002/334/AK sayılı Kararı kabul etmiştir. Anılan Karar, başvuranı, 2850/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesi uyarınca öngörülen listede, 2002/340 sayılı Ortak Tutum’un eki listede kullanılan aynı terimlerle adlandırmıştır.
- 8 Söz konusu bu belgeler, 2001/93 sayılı Ortak Tutum’un 1(6) maddesi uyarınca ve 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesi uyarınca düzenli olarak güncellenmeye devam etmektedir. Başvuranın adı, mahkemeye yapılan itiraza ve bu listelerin eklendiği bazı karar ve tüzüklerin iptaline rağmen, yukarıda belirtilen önlemler (“dava konusu listeler”) kapsamındaki kısıtlayıcı tedbirlerin geçerli olduğu grup ve oluşumların listesinde kalmaya devam etmiştir. 2 Nisan 2004 tarihinden bu yana, dava konusu listelerdeki oluşumun adı “Kürdistan İşçi Partisi”dir (PKK) (“KADEK”, “KONGRA-GEL”).
- 9 Konsey, özellikle 2021/142 sayılı Kararı ve 2021/138 sayılı Uygulama Tüzüğünü (“itiraz edilen ilk tedbir dizisi”) kabul etmiştir. Bu tedbirlere eşlik eden gerekçeler, dava konusu listelerde başvuranın adının tutulması ile ilgili önceki tedbirlerle birlikte iletilen ve Mahkemenin evvelden incelediği gerekçelerde olduğu gibi, aşağıdakilere dayanmaktadır:
 - Birleşik Krallık makamlarının aşağıdaki kararlarına istinaden:
 - Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı’nın (İçişleri Bakanlığı) 2000 yılındaki Birleşik Krallık Terör Yasası uyarınca PKK’yı terör örgütü listesine aldığı 29 Mart 2001 tarihli emir, ki bu emir, “KADEK” ve KONGRA-GEL’in PKK’nın diğer adları olduğunu belirten 14 Temmuz 2006 kararıyla da desteklenmiştir.
 - PKK’nın terör örgütü olarak kabul edilmesini onaylayan İçişleri Bakanlığı kararı,
 - “TAK”ın müstakil olarak değil de PKK’nın terör örgütü olarak kabul edilmesi sürecine dâhil edilmesi gerektiğini belirten 2020 yılındaki İçişleri Bakanlığı emri;
 - 2 Kasım 2011 tarihli Paris Bölge Mahkemesinin kararında, Fransız makamlarının kararı uyarınca, Ahmet Kaya Kültür Merkezi, terör eylemi hazırlığına girmek için bir suç örgütüne katılmaktan ve terör oluşumunu finanse etmekten mahkûm edilmiştir. Söz

konusu bu karar, Paris İstinaf Mahkemesinin 23 Nisan 2013 tarihli kararıyla onanmış ve bir sonraki aşamada da Fransa Yargıtayı'nın 21 Mayıs 2014 tarihli kararıyla onanmıştır;

- Amerika Birleşik Devletleri makamlarının aşağıdaki kararlarına istinaden:
 - ABD Hükümetinin ABD Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası'nın 219. maddesi uyarınca PKK'yı "Yabancı Terör Örgütü" olarak kabul ettiği 8 Ekim 1997 tarihli karar, 5 Şubat 2019'da doğrulanmıştır.
 - ABD Hükümetinin 13224 sayılı Başkanlık Kararnamesinde PKK'yı "Özel Olarak Belirlenmiş Küresel Terörist" olarak kabul ettiği 31 Ekim 2001 tarihli karar.

10 19 Temmuz 2021'de kabul edilen 2021/1192 sayılı Karar ve 2021/1188 sayılı Uygulama Tüzüğüyle ("itiraz edilen ikinci tedbir dizisi"), ilk dava açıldıktan sonra, başvuranın adı dava konusu listelerde kalmaya devam etmiştir. Daha önceki gerekçelere ilaveten, itiraz edilen ikinci tedbir dizisine eşlik eden gerekçelerde, İçişleri Bakanlığı'nın 2014'te kabul ettiği ve termal enerji santraline yönelik saldırı ve üç Çinli mühendisin kaçırılmasıyla ilgili kararın temelini teşkil eden 24 Ağustos 2014 tarihli olayı Konsey'in daha derinlemesine incelediği belirtilmiştir. Bunun neticesinde, olayın PKK'ya atfedilebileceği ve 2001/931 sayılı ortak Tutum'un 1(3) maddesi uyarınca bu olayın terör eylemi sayılabileceği sonucuna varılmıştır.

11 3 Şubat 2022'de kabul edilen 2022/152 sayılı Karar ve 2022/147 sayılı Uygulama Tüzüğüyle ("itiraz edilen üçüncü tedbir dizisi"), başvuranın adı dava konusu listelerde kalmaya devam etmiştir. Daha önceki gerekçelere ilaveten ilgili gerekçeler, Konsey'in PKK'nın teröre karışma riskinin devam ettiğini gösteren bir terör eylemi olarak düşündüğü 20 Ağustos 2020'de PKK'ya ait silahlı insansız hava aracıyla bir Türk askeri karakoluna yaptığı saldırıya atıfta bulunmuştur.

II. Talep edilen karar türleri

- 12 Başvuran, Mahkemenin aşağıdakileri yerine getirmesi gerektiğini iddia etmektedir:
- itiraz edilen birinci, ikinci ve üçüncü tedbir setlerini (gruplarını) (bunların hepsi bundan sonra bu kararda "itiraz edilen tedbirler" olarak adlandırılacaktır) iptalini;
 - Konsey'in masrafları ödemesi.
- 13 Konsey, duruşmada yalnızca başvuranların temsili için başvuranın yazılı itirazını imzalayan avukatlara verilen vekâletnamelerdeki iki imzacının yetkilendirilmesine ilişkin olarak mevcut davada yalnızca kabul edilemezlik itirazını geri çektikten sonra ve resmi notanın duruşma kaydına girmesiyle, Mahkemenin aşağıdakileri yerine getirmesi gerektiğini öne sürmektedir:
- davayı dayanaktan yoksun olduğundan reddetmesi;
 - başvuranın masrafları ödemesine hükmetmesi.

III. Hukuk

- 14 Başvuran, davasını desteklemek için yedi itirazı dayanak olarak kullanmaktadır: (i) “PKK”nın belirlendiği üzere yeterince açık bir şekilde tanımlanamaması nedeniyle 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(2) maddesi veya 2580/2001 sayılı Tüzüğü’nün 2(3) maddesi ile hukuki belirlilik ilkesinin ihlali; (ii) 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(3) maddesi bağlamında başvuranın terörist grup olarak yanlış sınıflandırılması; (iii) 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesi bağlamında yetkili makam tarafından bir karar alınmaması; (iv) 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(6) maddesindeki şartlar uyarınca inceleme yapılmaması; (v) orantılılık ve yetki ikamesi ilkelerinin ihlali; (vi) gerekçe beyan etme yükümlüğünü yerine getirmeme; ve (vii) savunma hakkı ve etkin yargısal korunma hakkının ihlali.

- 15 Bu itirazlarda esas olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1. maddesinin aşağıdaki 2, 3, 4 ve 6. paragraflarının ihlal edildiği iddia edilmektedir:

‘2. Bu Ortak Tutum’un amaçları doğrultusunda, “terör eylemlerine karışan kişiler, gruplar ve oluşumlar” aşağıdaki anlamlara gelmektedir:

- terör eylemlerinde bulunan veya bulunmaya teşebbüs eden veya terör eylemlerine katılan veya bu eylemleri kolaylaştıran kişiler,
- doğrudan veya dolaylı olarak bu kişilerin sahip olduğu veya kontrol ettiği gruplar ve oluşumlar; ve bu kişiler ve bu kişilerle ilişkili kişi, grup ve oluşumlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen mülklerden kaynaklanan veya elde edilen fonlar dahil olmak üzere, bu kişiler, gruplar ve oluşumlar adına veya bunların yönetimi altında hareket eden kişiler, gruplar ve oluşumlar.

3. Bu Ortak Tutum’un amaçları doğrultusunda, “terör eylemi”, niteliği veya bağlamı göz önüne alındığında, bir ülkeye veya bir uluslararası kuruluşa ciddi şekilde zarar verebilecek, ulusal hukuk kapsamında da suç olarak tanımlanan, aşağıdaki amaçlarla işlenen şu kasıtlı fiillerden biri anlamına gelmektedir:

- (i) halkın bir kısmını ciddi şekilde korkutmak, veya
- (ii) bir Hükümeti veya bir uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya eylemde bulunmaktan kaçınmaya haksız yere zorlamak, veya
- (iii) bir ülkenin veya bir uluslararası kuruluşun temel siyasi, anayasal, ekonomik veya sosyal yapılarını ciddi şekilde istikrarsızlaştırma veya yok etme:
 - (a) ölüme de neden olabilecek şekilde bir kişinin hayatına saldırılar;
 - (b) bir kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırılar;
 - (c) insan kaçırma veya rehin alma;

- (d) bir Hükümette veya kamu kuruluşunda, bir ulaşım sisteminde, bilgi sisteminin yer aldığı bir altyapı tesisinde, kıta sahanlığında bulunan sabit bir platformda, kamuya ait bir yerde veya özel bir mülkte, insan hayatını tehlikeye atabilecek veya büyük ekonomik kayıpla sonuçlanabilecek kapsamlı tahribata neden olmak;
- (e) uçaklara, gemilere veya diğer kamu veya nakliye araçlarına el konulması;
- (f) silahların, patlayıcıların veya nükleer, biyolojik veya kimyasal silahların üretimi, bulundurulması, satın alınması, taşınması, tedarik edilmesi veya kullanılması ve ayrıca biyolojik ve kimyasal silahların araştırılması ve geliştirilmesi;
- (g) tehlikeli maddelerin salınması veya insan hayatını tehlikeye atacak şekilde yangın, patlama veya su baskınlarına neden olunması;
- (h) insan hayatını tehlikeye atacak şekilde su, elektrik veya diğer temel doğal kaynakların tedarik edilmesine müdahale etmek veya kesintiye uğratmak;
- (i) (a) ila (h) arasında listelenen fiillerden herhangi birini işlemekle tehdit etmek;
- (j) bir terörist grubunu yönetmek;
- (k) bilgi veya maddi kaynak sağlamak veya faaliyetlerini herhangi bir şekilde finanse etmek de dâhil olmak üzere, bir terörist grubunun faaliyetlerine, bu tür bir katılımın grubun suç faaliyetlerine katkıda bulunacağını bilerek katılmak.

Bu paragrafın amaçları doğrultusunda, "terörist grup", belirli bir süre içinde kurulmuş ve terör eylemleri gerçekleştirmek için birlikte hareket eden, ikiden fazla kişiden oluşan yapılandırılmış bir grup anlamına gelmektedir. "Yapılandırılmış grup", bir terör eyleminin derhal işlenmesi için rastgele oluşturulmamış ve üyeleri için resmi olarak tanımlanmış rollere, üyeliğinin sürekliliğine veya gelişmiş bir yapıya ihtiyaç duymayan bir grup anlamına gelmektedir.

4. Ekteki liste, ilgili dosyadaki kesin bilgi veya materyal esas alınarak hazırlanır. Bu dosyadaki bilgi ve materyallerde, bir terör eyleminin soruşturulması veya kovuşturulmasına yönelik olup olmadığına bakılmaksızın, ilgili kişi, grup ve oluşumlar hakkında yetkili bir makam tarafından bir kararın alınmış olması, ciddi ve inandırıcı kanıtlara veya ipuçlarına dayalı olarak böyle bir eylemde bulunma, bu tür bir eyleme katılma veya kolaylaştırma teşebbüsünün olması veya bu tür fiillerin kınanması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından terörizmle bağlantılı olduğu tespit edilen ve haklarında yaptırım kararı verilen kişi, grup ve oluşumlar da listeye dâhil edilebilir.

Bu paragrafın amaçları doğrultusunda "yetkili makam", bir yargısal makam veya bu paragrafın kapsadığı alanda yargısal makamların yetkisinin bulunmadığı durumlarda, o alanda eşdeğer bir yetkili makam anlamına gelmektedir.

...

6. Ekteki listede yer alan kişi ve oluşumların adları, listede tutulmaları için gerekçeler olduğundan emin olmak için düzenli aralıklarla ve en az altı ayda bir gözden geçirilecektir.'

- 16 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un bu hükümlerini yorumlayan içtihatlardan açıkça anlaşıldığı üzere, söz konusu Ortak Tutum kapsamında fonların dondurulmasına yönelik bir tedbirle sonuçlanabilecek prosedür, biri ulusal, diğeri Avrupa Birliği nezdinde olmak üzere iki düzeyde uygulanmaktadır (bkz. 14 Mart 2017 tarihli karar, A ve Diğerleri, C-158/14, EU:C:2017:202, para.84, ve 16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para. 203 ve 204). İlk aşamada, yetkili ulusal makam, söz konusu tarafla ilgili olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesindeki tanıma uygun bir karar almalıdır. İkinci aşamada Konsey, oybirliğiyle hareket ederek, ilgili dosyada böyle bir kararın alındığını gösteren kesin bilgi veya materyale dayanarak, ilgili tarafın fonların dondurulmasına ilişkin listeye dâhil edilmesine karar vermelidir (12 Aralık 2006 tarihli karar, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v Council, T-228/02, EU:T:2006:384, para.117, ve 23 Ekim 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitlerin Örgütü v Konsey, T-256/07, EU:T:2008:461, para.131).
- 17 Belirli bir kişinin terör eylemlerinde yer alması konusunda Avrupa Birliği'nin kendi soruşturmasını yürütecek imkânlarının olmaması sonucunda, bir ulusal makâmın önceden karar vermesi gerekliliği, ilgili kişinin terör eylemlerine karıştığına dair ulusal makamlarca güvenilir olarak kabul edilen ve onları en azından soruşturma önlemleri almaya yönlendiren kanıtlar veya ciddi ve inandırıcı ipuçları mevcut olduğunun tespit edilmesini amaçlamaktadır. Ulusal karara atıfta bulunarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesindeki "kesin bilgi" ve "ciddi ve inandırıcı kanıt veya ipuçları", fonların dondurulmasına ilişkin listeye yeterince sağlam bir olgusal temelde dâhil edilmelerini sağlayarak ilgili kişileri korumayı amaçlamaktadır. Ortak Tutum, ulusal makam tarafından bir karar alınmasını sağlayarak bu amaca ulaşmaya çalışmaktadır (15 Kasım 2012 tarihli karar, Al-Aqsa v Council ve Netherlands v Al-Aqsa, C-539/10 P ve C-550/10 P, EU:C:2012:711, para.68 ve 69, ve 26 Temmuz 2017 tarihli karar, Konsey v Hamas, C-79/15 P, EU:C:2017:584, para.24).
- 18 2001/931 sayılı Ortak Tutum ile oluşturulan terörizme karşı mücadelede Konsey ve Üye devletler arasında bu tür özel işbirliği, bir dizi sonuca yol açmaktadır.
- 19 İlk olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi uyarınca, fonların dondurulmasıyla ilgili listeye bir kişi veya oluşumun ilk girişi, yetkili bir makâmın ulusal bir kararının varlığını varsaymaktadır. Ancak, böyle bir koşul, söz konusu kaydın gözden geçirilmesiyle ilgili olarak söz konusu Ortak Tutum'un 1(6) maddesinde düzenlenmemiştir.

- 20 İkinci olarak, bir kişinin, grubun veya oluşumun fonlarının dondurulmasının yasal olarak haklı bir gerekçesi olduğunu kanıtlamak Konsey'in görevidir ve bu ispat külfetinin AB kurumları nezdindeki prosedürde nispeten sınırlı bir amacı vardır. Terörle mücadeleyle ilişkin olarak Üye Devletler ve Konsey arasında tesis edilen özel işbirliği biçimi, aslında, söz konusu kurumun yetkili ulusal makam tarafından yürütülen değerlendirme sürecini mümkün olduğunca erteleme yükümlülüğüne yol açmaktadır (23 Ekim 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitlerin Örgütü v Konsey, T-256/07, EU:T:2008:461, para.133 ve 134; 4 Aralık 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitlerin Örgütü v Konsey, T-284/08, EU:T:2008:550, para.53; ve 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas v Konsey, T-400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.282).
- 21 Konsey'in yetkili ulusal makam tarafından yürütülen değerlendirme sürecini mümkün olduğu kadar erteleme yükümlülüğü, esas olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi uyarınca ilk giriş sırasında dikkate alınan ulusal mahkûmiyet kararlarıyla ilgilidir. Daha spesifik olarak, ilk kaydın temelini oluşturan ulusal mahkûmiyet kararlarına dayanak teşkil eden olguların gerçek varlığını veya isnatını doğrulamak Konsey'in görevi değildir. Konsey'in bu olguların doğruluğuna ilişkin değerlendirmesi, ilgili ulusal makam tarafından yürütülen değerlendirme süreciyle ve ulaşılan bulgularla çelişebileceğinden ve böyle bir çatışma, Konsey'in ulusal makamın dosyasında bulunan tüm olgular ve delilleri elinde bulundurması gerekmeyeceği için çok daha uygunsuz olacağından; Konsey'in fonların dondurulmasına ilişkin listeye ilk girişin temelini oluşturan ulusal bir karar alınmasına sebebiyet veren olgularını doğrulama yönündeki böyle bir yükümlülüğü, şüphesiz bu Ortak Tutum'u karakterize eden iki kademeli sistemi baltalayacaktır (bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE v Council, T-160/19, yayımlanmamıştır, EU:T:2021:817, para.240 ila 242 ve alıntılanan içtihat). Ayrıca, ilgili kişilerin fonların dondurulmasına ilişkin listeye alınmalarının yeterince sağlam bir olgusal temele dayandırılacağına ilişkin güvencenin, tam olarak yetkili bir merci tarafından alınacak bir kararın gerekliliğine dayandığı ve AB kurumlarının bu ulusal otorite tarafından kanıt ve ipuçlarına ilişkin yapılan değerlendirmeye duyduğu güvene bağlı olduğu unutulmamalıdır (bkz. yukarıdaki para.17).
- 22 Buna karşılık, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesi kapsamındaki terörist eylemlere katılma riskinin halen sürdüğünü gösterebilmek adına Konsey'in dayanak aldığı materyalle ilgili olarak; bu materyalin yetkili bir makam veya diğer kaynaklar tarafından kabul edilmiş ulusal bir karardan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, itiraz halinde, Konsey, iddia olunan olguların sağlam nedenlere dayandığını tesis etmeli ve Avrupa Birliği Mahkemeleri de bu olguların doğrunun bir değerlendirmesini içerip içermediğini ve ilgili kişiye karşı kısıtlayıcı tedbirlerin kullanımını gerektirecek biçimde bu olguların deliller gibi sınıflandırılıp sınıflandırılmadığını tespit edecek şekilde ortaya koymalıdır (bkz. 22 Nisan 2021 tarihli karar, Konsey/PKK, C-46/19 P, EU:C:2021:316, para.52 ila 55 ve alıntılanan içtihat).

- 23 Buradan da anlaşılacağı gibi, itiraz edilen tedbirlerin her biri bakımından, bu tedbirlerin başvuranın ilk girişini gerekçelendiren ilgili yetkili makamların kararlarına bağlı olup olmaması veya yine bu tedbirlerin bu ulusal makamların müteakip kararlarına veya Konsey tarafından bağımsız olarak dayandırılmış bir materyale bağlı olup olmaması göz önünde bulundurularak bir ayırım yapılmalıdır. Bu iki dayanak türü 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un farklı hükümleri tarafından düzenlendiğinden, ilki bu Tutum'un 1(4) sayılı maddesi sonraki ise 1(6) maddesi kapsamındadır, böylesi bir ayırımın yapılması en elzem husustur.
- 24 Mevcut davada, itiraz edilen tedbirlerin bir ve ikinci setleri tamamen bazı ulusal makamların, belirtmek gerekirse Birleşik Krallık, ABD ve Fransa'nın kararlarına dayanmaktadır. Göz önünde bulunduran ulusal kararların bazılarının başvuranın ilk girişine temel oluşturduğu, müteakip alınan diğer kararların ise yayınlanan listelerdeki başvuranın girdisinin incelenmesi bağlamında Konsey tarafından göz önünde bulundurulduğu belirtilmelidir. Bunun aksine, itiraz edilen tedbirlerin üçüncü seti hem Birleşik Krallık, ABD ve Fransa makamlarının kararlarına ve 2020 yılında gerçekleşmiş bir olaya ilişkin Konsey tarafından yapılan bağımsız bir incelemeye dayanmaktadır.
- 25 Bu sebeple, bu ön değerlendirmeler ışığında itiraz edilen tedbirlere karşı yöneltilen yedi itirazı incelemek gerekmektedir. Bu tedbirlerin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 2.paragrafı (ilk itiraz), üçüncü paragrafı (ikinci itiraz), 4.paragrafı (üçüncü itiraz) ve 6.paragrafı (dördüncü itiraz) ile ve orantılılık ilkesi (beşinci itiraz) - başvuran duruşmada, duruşma tutanağında da bu durum belirtildiği üzere, söz konusu itirazın yalnızca subsidiarite (ikincillik) ilkesinin ihlaline değil tamamen bu ilkenin ihlal edilmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir- gerekçe gösterme yükümlülüğü (altıncı itiraz) ve son olarak savunma hakkı ile başvuranın etkin yargısal korunma hakkı (yedinci itiraz) ile uyumlu olup olmadığının incelemesini, ilk itirazın incelemesiyle başlayıp, sonrasında 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesine ilişkin ihlal iddiasında bulunan üçüncü iddia ile devam edecek ve sonrasında tüm diğer hukuki itirazları incelemek suretiyle aşağıdaki şekilde yapılacaktır.
- A. İlk hukuki itiraz: hukuki belirlilik (kesinlik) ilkesinin ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesinin veya 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesinin ihlali**
- 26 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesi kapsamında "terör eylemlerinde yer alan şahıs, grup ve oluşumlar" "terör eylemleri yapan veya yapmaya teşebbüs eden veya terörist eylemlerin işlenmesinde yer alan veya bu eylemleri kolaylaştıran kişilerdir" (ilk satır) veya "bu gibi kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak sahibi olduğu veya kontrol ettiği grup ve oluşumlar; ve bu gibi kişiler ile bu kişilerle ilişkili şahıs, grup ve oluşumların doğrudan veya dolaylı olarak sahibi olduğu veya kontrol ettiği malvarlığından kaynaklanan veya bu malvarlığının oluşturduğu fonlar da dâhil olmak üzere bu şahıs, grup ve oluşumlar adına veya onların yönlendirmesiyle hareket eden şahıs, grup ve oluşumlar" (ikinci satır) (bkz.yukarıdaki para.15).

27 2580/2001 sayılı Tüzüğü'nün 2(3) sayılı maddesi aşağıdaki hususları öngörmektedir:

“Konsey, oybirliğiyle hareket ederek, 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'un 1(4), (5) ve (6) maddelerinde belirtilen hükümlere uygun olarak, bu Tüzüğü'nün uygulandığı kişi, grup ve oluşumların listesini oluşturur, gözden geçirir ve değiştirir; bu liste aşağıdakilerden oluşacaktır:

- (i) herhangi bir terör eylemini işleyen veya işlemeye teşebbüs eden, bu eyleme katılan veya kolaylaştıran gerçek kişiler;
- (ii) herhangi bir terör eylemini işleyen veya işlemeye teşebbüs eden, bu tür bir eyleme katılan veya kolaylaştıran tüzel kişiler, gruplar veya oluşumlar
- (iii) (i) ve (ii) sayılı bentlerde atıfta bulunulan bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin, grubun veya oluşumun sahip olduğu veya kontrol ettiği tüzel kişiler, gruplar veya oluşumlar; veya
- (iv) (i) ve (ii) sayılı bentlerde atıfta bulunulan bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi, grup veya oluşum adına veya onların talimatında hareket eden gerçek tüzel kişiler, gruplar veya oluşumlar’.

28 Başvuran, Konsey'in, itiraz edilen tedbirlerde “PKK” olarak belirtilen oluşum veya grubu yeterli kesinlikte tespit edemeyerek bu hükümleri ihlal ettiğini iddia etmektedir. Konsey, PKK'yı bu şekilde tanımlarken, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesindeki gerekliliklerin aksine, yaptığı tanımları kişiler tarafından işlenen eylemlere dayandırmadı. Konsey ayrıca, PKK'ya dair bir “grup” veya “oluşum” şeklinde açık bir değerlendirmede bulunmamış veya “PKK'nın kendi “kompleks” ve kürt sosyal hareketi içerisinde çok katmanlı bir “kompleks” yapısı olan bir partiye atıfta bulunmasına rağmen PKK'yı yayınlanan listelerde hangi gerekçeyle tutma niyetinde olduğunu itiraz edilen tedbirlerde belirtmemiştir. Ayrıca, başvurana göre, ne çok sayıda partiyi ve diğer bağımsız örgütlenmiş gruplaşma biçimlerini belirleyen “kompleks” ne de başvuranın üyeler aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği Kürt toplumsal hareketi, bir “terörist grubu” oluşturan yapılandırılmış bir hareket olarak addedilemeyeceği gibi bu çeşitli bağımsız ve ayrı oluşumlardan ayrı bir “oluşum” olarak dahi kabul edilemez. Başvuran ayrıca, PKK'ya yapılan atıfların yanı sıra hiçbir zaman PKK kontrolünde olmayan “KONGRA-GEL” ve 2003'te sona eren “KADEK”e de atıfta bulunulmasını eleştirmektedir. Son olarak, başvuru sahibi, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesi ve 2580/2001 sayılı Tüzüğü'nün 2(3) maddesindeki “grup” ve “oluşum” tanımlarının bir sonucu olarak kendisinin net şekilde listeye alınmaması halinde bu hükümlerin hukuki belirlilik ilkesini ihlal edeceğini öne sürmektedir.

29 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesi ve 2580/2001 Sayılı Tüzüğü'nün 2(3) maddesinden, fonların dondurulmasına ilişkin listelere dört kategoriden kişilerin dahil edilebileceği açıkça anlaşılmaktadır: gerçek kişiler, tüzel kişiler, gruplar ve

oluşumlar. Atıf özellikle, (2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesi ve 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesinde öngörülen) terör eylemlerini işleyen, bunlara katılan veya işlenmesini kolaylaştıran gerçek kişilere, (2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesi ve 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) sayılı maddesinde öngörülen) terör eylemlerini işleyen, bunlara katılan veya işlenmesini kolaylaştıran tüzel kişilere ve ayrıca terör eylemlerini işleyen, bunların işlenmesinde yer alan veya bu eylemleri kolaylaştıran grup ve oluşumlara yapılmaktadır.

- 30 Terör eylemlerini işleyen, bunların işlenmesinde yer alan veya bu eylemleri kolaylaştıran grup ve oluşumlar, "herhangi bir terör eylemini işleyen veya işlemeye teşebbüs eden, bu tür bir eyleme katılan veya kolaylaştıran tüzel kişiler, gruplar veya oluşumlara" atıfta bulunan (bkz. yukarıdaki para.27) 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3)(ii) sayılı maddesinde açık bir şekilde belirlenmiştir. Ancak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesinin ikinci satırında belirtilen "[terör eylemlerini işleyen, bu eylemlerin işlenmesinde yer alan veya bu eylemleri kolaylaştıran] kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak sahibi olduğu veya kontrol ettiği grup ve oluşumlar" ifadesinin - ki bununla alakalı olarak başvuran ilk hukuki itirazın incelenmesinde ilgili bu hükümlere ifadesinde yer vermemiştir - terör eylemlerini işleyen, bunların işlenmesinde yer alan veya bu eylemleri kolaylaştıran grup ve oluşumlara atıfta bulunduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu ifadeyle 2001/931 sayılı Ortak Tutum, terör örgütleri veya bu tür örgütlere üye olan veya bu örgütleri yöneten gerçek kişiler ile bu örgütler arasında bir bağlantı kurmaktadır.
- 31 Ayrıca, başvuranın iddialarının aksine, Konsey'den, terör eylemleri olarak addedilen eylemleri fiziki olarak işlemiş gerçek kişileri önceden tanımlayıp belirlemesi ve PKK'yı bahse konu olan listelere dâhil etmeden önce bu kişilerin PKK'lı olduğu veya bu örgülle bağlantılı olduklarını temin etmesi beklenemez. Terör eylemlerinin bir grup veya oluşum adına veya bunların yardımıyla işlenmiş olması gerekli ve yeterlidir, bu sayede bu tür eylemler bir terör örgütü veya oluşumu olarak sınıflandırılabilir. Durum bu şekilde olmasaydı, Konsey'in söz konusu listelerin Kısım II'sinde yer alan grup veya oluşumların her biri bakımından, bu listelerin Kısım I'indeki ilgili gerçek kişiler açısından belirtilmesi zorunlu olup, bu durum 2001/931 sayılı Ortak Tutum tarafından tesis edilen terörle mücadele mekanizmasının amacına aykırı olacak idi. Uluslararası toplumun terör eylemlerinin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerine karşı her türlü yöntemle mücadele etme genel temel hedefine atıfla (bkz. 15 Kasım 2012 tarihli Karar, Al-Aqsa / Konsey ve Hollanda / Al-Aqsa, C-539/10 P ve C-550/10 P, EU:C:2012:711, para.123 ve alıntılanan içtihat) söz konusu durum, örgütleri ve bu örgütlerin üyelerini fonların dondurulmasıyla alakalı listelere dahil etme meselesi değildir, bundan ziyade, üyeleri aracılığıyla veya organize bir oluşum olarak bir şekilde bu tür örgütlere tesir etme meselesidir.
- 32 Devamında, başvuranın bir "grup" olarak addedilemeyeceği savının önemsiz olduğu, sonuç olarak da bu savın geçersiz olarak reddedilebileceği ifade edilmektedir.

Grup ve oluşumların her ikisinin de fonların dondurulmasıyla alakalı listelere dahil edilebileceğinden ötürü, ve başvuranın da en azından bir oluşum olarak sınıflandırılabilirliğini kabul ettiğinden, bir grup olarak sınıflandırılmasına izin veren kriteri karşılamadığına ilişkin durum, tıpkı bu bağlamda Konsey açısından iddia olunan yanlışlıkların ilgisiz olması gibi sonuçsuzdur (bu bağlamda bkz., 24 Kasım 2021 tarihli Karar, LTTE / Konsey, T-160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.252 ila 254).

- 33 Başvuranın “grup” mu yoksa “oluşum” mu olduğuna ilişkin sınıflandırma, tanımından ayrı bir husustur, ki bu durum ayrıca ilk iddia kapsamında eleştirilmiştir. PKK’yı terörist bir “grup” veya “oluşum” olarak sınıflandırmak bir şey, fonların dondurulmasına ilişkin itiraz edilen tedbirlerde atıfta bulunulmuş olan ve PKK’nın kapsamış olduğu tanımı belirtmek bir başka şeydir.
- 34 Bu ayırmadan yola çıkarak, PKK’nın teşhisindeki belirsizliğin, hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla, uygulanabilir hükümlere atfedilemeyeceği çıkarımı yapılabilir, çünkü bu hükümler fonların dondurulmasına ilişkin tedbirlerin olası muhataplarını ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(2) maddesi ve 2580/2001 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesinin, kendi içerisinde, hukuki belirlilik ilkesine zarar verdiği ifade edilemez; veya bu hükümlere karşı hukuka aykırılık itirazı yapılamaz.
- 35 Kendisine ait teşhiste açıklık bulunmadığı iddiasına ilişkin olarak, başvuran, işbu davayı açarak “yapılanmış taraf” olmayı kabul ettiğini belirtmiştir. Bu koşullar altında, Konsey’in doğru şekilde belirttiği üzere, söz konusu tedbirlerin, PKK’yı terör örgütleri listesine alarak, davayı açan oluşumdan ayrı oluşumları hedef alması dolayısıyla, başvuranın, itiraz edilen tedbirlere karşı çıkma hakkı bulunmamaktadır; çünkü yalnız bu oluşumlar bu tür bir listeleme tedbirine itiraz edebilirler; oysa başvuran ne liste tedbirlerinin muhatabıdır ne de TFEU madde 263/4’ün amaçlarına uygun olarak, söz konusu tedbirler kendisini ilgilendirmektedir.
- 36 Bununla birlikte, başvuran kendisinin belirlenmesiyle ilgili hatalara istinat etme ve özellikle de PKK’nın diğer adları olan KONGRA-GEL ve KADEK atıflarına eleştiride bulunma hakkına sahiptir. Başvuran, itiraz edilen tedbirlerde esasen “Kürdistan İşçi Partisi (PKK) (“KADEK” ve “KONGRA-GEL” olarak da bilinmektedir)” şeklinde listelenmektedir.
- 37 Buna karşılık, bu hususta başvuran tarafından ortaya konulan eleştirilerin amacına ulaşması mümkün değildir.
- 38 Birincisi, Konsey gerekçe beyanında KADEK’in PKK’nın önceki adlarından biri olduğunu belirtmekte ve başvuransa, destekleyici herhangi bir delil olmaksızın, yalnızca KADEK’in varlığının 2003 yılında son bulduğunu iddia etmektedir ki bu da yalnızca Konsey’in PKK’nın isminin evrildiğine dair açıklamasını desteklemeye katkıda bulunmaktadır.

- 39 İkincisi, başvuran iddiasının doğruluğunu herhangi bir biçimde ispat etmeksizin, yalnızca, KONGRA-GEL'in hiçbir zaman PKK'nın kontrolünde olmadığını ileri sürmektedir. İtiraz edilen tedbirlerden anlaşılmalıdır ki İçişleri Bakanlığı, 2006 tarihli bir kararda, KADEK ve KONGRA-GEL'in PKK'nın diğer adları olduğunu değerlendirmiştir (bkz. yukarıdaki para.9). Ayrıca, Konsey'in itiraz edilen tedbirlerde benimsenen belirlemenin uygunluğunu desteklemek, başvuranın ise KONGRA-GEL ve PKK'nın iki farklı oluşum teşkil ettiğini iddia etmek amacıyla olmak üzere, her iki tarafın da istinat ettiği, anti personel mayınlara yönelik toplu yasak taahhütnamesine dayanan deliller, Konsey'in iddiasını desteklemektedir. Söz konusu belge, başvuranın kendisi tarafından, başvuru içerisinde ve başvuru eklerine ilişkin içindekiler tablosunda, PKK tarafından hazırlanan bir belge olarak sunulmuştur. Belge, "Biz, Kürdistan Halk Kongresi (KONGRA-GEL)/Halk Savunma Güçleri (HPG)" şeklinde başlamaktadır ve KONGRA-GEL ve HPG temsilcileri tarafından paraflanmış olmakla birlikte, yalnızca HPG'nin temsilcisi tarafından elle imzalanmıştır; dolayısıyla başvuran başvurusunda PKK'nın HPG gerilla kuvvetlerinin eylemlerinin siyasi sorumluluğunu taşımakta olduğunu açık bir biçimde kabul etmektedir. Benzer şekilde, başvuranın duruşmada atıfta bulunduğu, cevaba eklenen, PKK'ya ilişkin inceleme, KONGRA-GEL ile PKK arasında olduğu iddia edilen ayırımın tespitini mümkün kılmamaktadır; zira çalışma, KONGRA-GEL'i, siyasi uygulamalarının bütünleştirilmesini ve koordinasyonunu kolaylaştırmak amacıyla PKK tarafından kurulan kuruluşlardan birinin meclisinin adı olarak tanıtmaktadır.
- 40 Tüm bu yukarıdakilerden, birinci itirazın reddedilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

B. Üçüncü İtiraz: 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlâli

- 41 Ön bir husus olarak hatırlatılmalıdır ki 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1, fıkra 4'te atıfta bulunulan fonların dondurulması ile ilişkili olarak bir kişi veya oluşumun ilk kez listeye alınması ile fıkra 6'da atıfta bulunulan, daha önceden listeye alınmış bir kişi veya oluşumun listede tutulması arasında ayırım yapmaktadır. Fonların dondurulması ile ilişkili olarak bir kişi veya oluşumun ilk kez listeye girmesi, yetkili bir makamdan alınmış ulusal bir karar bulunduğu varsayımına dayanmakta iken, söz konusu kişi veya oluşumun listede tutulması için bu tür bir koşula yönelik hiçbir hükme yer verilmemiştir; çünkü listede tutma, esasen, ilk listeleme işleminin bir uzantısıdır ve, Konsey'in ilk listelemenin dayandırıldığı ulusal karara istinaden başlangıçta tespit ettiği üzere, ilgili kişi veya oluşumun terörizm faaliyetlerine dâhil olması anlamında süregelen bir risk bulunduğu varsayımına dayanmaktadır (26 Temmuz 2017 tarihli karar, Konsey / LTTE, C-599/14 P, EU:C:2017:583, para.59 ila 61 ve 26 Temmuz 2017 tarihli karar, Konsey / Hamas, C-79/15 P, EU:C:2017:584, para.37 ila 39).
- 42 Bundan anlaşılmalıdır ki birincisi, Konsey'in, bir kişi veya oluşumu listede tutmaya karar vermek için, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6)'ya istinaden, yetkili bir

makamca verilen ulusal bir karara dayanmaya devam etmesi halinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlal edildiği yönündeki itiraz, bu tür bir karara (bkz.14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas / Konsey, T-400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.229 ve 230) karşı açılan davayı desteklemek anlamında etkilidir ki dahası Konsey'in buna itirazı bulunmamaktadır. Bu bağlamda eklemek mümkündür ki Adalet Divanı, 22 Nisan 2021 tarihli Konsey / PKK (C-46/19 P, EU:C:2021:316, para.38) kararında, PKK'nın söz konusu listede tutulması yönündeki kararları yalnızca 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6) ışığında incelemekle Genel Mahkeme'nin hukuki herhangi bir hata yapmadığına hükmederek söz konusu etkinin doğruluğunu sorgulamış değildir. Adalet Divanı gerçekte Genel Mahkeme'nin Konsey'in gerekçe belirtme yükümlülüğüne ilişkin incelemesi hakkında hükümde bulunmuş ve böylece aslında gerekçe belirtme yükümlülüğünün 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6) kapsamına giren unsurlar ışığında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir; ayrıca, Ortak Tutum madde 1(3)'ün ihlal edildiği iddiası dâhil olmak üzere tüm diğer itirazların incelenmesini, yine Genel Mahkeme'ye tevdi etmiştir.

43 Bundan anlaşılmalıdır ki ikincisi, mevcut davada, söz konusu itiraz sadece başvuranın listeye 2002 yılındaki ilk girişine esas teşkil eden ulusal kararlar bakımından incelenecektir ki bu kararlar şöyledir:

- İçişleri Bakanlığı'nın 29 Mart 2001 tarihli kararı
- Birleşik Devletler Hükümeti'nin 8 Ekim 1997 ve 31 Ekim 2001 tarihli kararları.

44 Buna karşın, başvuranın listeye ilk girişini müteakip Fransız adli kararlarına ilişkin iddialar ve yanı sıra 2014 ve 2020 yıllarında Birleşik Krallık makamlarınca ve 2019 yılında Birleşik Devletler makamlarınca alınan yukarıda bahsi geçen kararların takibine ilişkin kararlara itirazda bulunan iddialar, Konsey'in bunlardan bağımsız olarak istinat ettiği delillerle birlikte, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6)'nın ihlal edildiği yönündeki itirazın incelenmesi bağlamında ele alınacaktır.

1. Birleşik Krallık kararı

45 Başvuran, "yetkili makam" kavramına dayalı iddialara, bu tür bir kararın alındığını göstermek için gerekli olan bilgilere ve bu kararda atıfta bulunulan olayların tarihine istinat ederek, İçişleri Bakanlığı'nın 29 Mart 2001 tarihli kararının, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(4) anlamında yetkili makam kararı olarak sınıflandırılmasına itiraz etmektedir.

(a) İçişleri Bakanlığı'nın "yetkili makam" olarak sınıflandırılması

46 Başvuran, İçişleri Bakanlığı'nın, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(4) anlamında "yetkili makam" olarak sınıflandıramayacağını düşünmektedir. İçişleri Bakanlığı'nın, adliden ziyade idari bir makam olduğunu ileri sürmektedir. İçişleri

Bakanlığı'nın kararları, idari işlem niteliğindedir ve cezai konulardaki kararların ayırt edici özelliği olan prosedür gibi, birden fazla aşama içeren bir prosedürün sonunda alınmamaktadır. İlaveten, düzenli gözden geçirmeler olmadığında, söz konusu kararlarda ortaya konulan listeye alma tedbirleri sınırsız süreli olmaktadır. Dahası, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun yetkilerinin, İçişleri Bakanlığı'nın göz önünde bulundurduğu gizli bilgilerden haberdar olmaksızın ilgili örgütlere ilişkin toplu bir değerlendirmeye sınırlı kaldığı ölçüde, İçişleri Bakanlığı geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

- 47 Başvuran, herhalükârda, Birleşik Krallık'ın 31 Ocak 2020 tarihinde Avrupa Birliği'nden çekilmiş olduğu dikkate alındığında, İçişleri Bakanlığı'nın söz konusu kararının artık bir Üye Devlet makamına ait bir karar olmadığını, bunun sonucu olarak, bir Üçüncü Devlet kararı olarak savunma hakları ve etkin yargısal korunma hakkının gereğince gözetilmesi suretiyle alınıp alınmadığını tespit etmenin Konsey'in görevi olduğunu eklemektedir ki başvuranın iddiasına göre, Konsey bunu yapmamıştır. Başvuran, bu hususta, mevcut davadaki gibi bir karara ilişkin adli gözden geçirmenin kendiliğinden olmadığını ve gerekçe beyanlarının dinlenilme hakkının gözetildiğini göstermediğini belirtmektedir.
- 48 Ön bir husus olarak, unutulmamalıdır ki, Mahkeme bir çok vesileyle İçişleri Bakanlığı'nın mevcut davaya konu 29 Mart 2001 tarihli kararının, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(4) anlamında yetkili makam tarafından verilen bir karar teşkil ettiğine hükmetmiştir (bkz.23 Ekim 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitleri Örgütü / Konsey, T-256/07, EU:T:2008:461, para.144 ve 145; 16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE / Konsey, T-208/11 ve T 508/11, EU:T:2014:885, para.106; 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.258 ila 285; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.71 ila 96; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa İslamya Égypte / Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.108 ila 133; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.112).
- 49 İçtihadı göre, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(4) bend iki, adli makamlarca verilen kararlar lehine bir tercih belirtse dahi, bu durum, (i) söz konusu makamların gerçekte, ulusal hukuk gereği, terörizme karışan gruplara karşı kısıtlayıcı kararlar alma yetkisini haiz ve (ii) yalnızca idari de olsa, adli makamlara "denk" kabul edilebilir olması halinde, idari makamlarca verilen kararların dikkate alınmasını kapsam dışı bırakmaz (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 208/11 ve T 508/11, EU:T:2014:885, para.107; 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.259; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.72; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa İslamya Égypte / Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.111; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.114).

- 50 Kararlarının olgular ve hukuk yönünden adli bir incelemeye açık olması halinde, idari makamların adli makamların dengi olarak kabul edilmesi mümkündür (bkz.23 Ekim 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitleri Örgütü / Konsey, T 256/07, EU:T:2008:461, para.145; 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.260; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.73; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa Islamiya Égypte / Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.112; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.115).
- 51 Sonuç olarak, ilgili Devletin mahkemelerinin, terörizmin önlenmesi konusunda yetkileri bulunması, kendisine terörizmle ilgili olarak kısıtlayıcı tedbirler alma yetkisi verilmiş ulusal idari makam tarafından alınan kararların Konsey tarafından dikkate almasına engel teşkil etmez (16 Ekim 2014, LTTE / Konsey, T 208/11 ve T 508/11, EU:T:2014:885, para.108; 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.261; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.74; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa Islamiya Égypte / Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.113; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.116).
- 52 İçişleri Bakanlığı'nın kararlarına karşı yapılacak itiraz başvuruları, meseleyi yargısal değerlendirme ilkeleri doğrultusunda hem hukuki hem de maddi anlamda ele alan Yasadışı Örgüt İtiraz Komisyonu'na (POAC) (Birleşik Krallık) yapılabilir ve tarafların ikisi de POAC'ın izniyle ya da iznin reddedilmesi halinde temyiz mahkemesinin izniyle POAC kararlarına karşı hukuki anlamda temyiz mahkemesine başvurabilir (bkz.14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas/Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.262; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.75; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa Islamiya Égypte/ Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.114; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.117).
- 53 Bu koşullarda, İçişleri Bakanının 2001 kararları, yargı makamına denk bir idari makam ve bu nedenle de 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi bağlamındaki bir yetkili makam tarafından verilmiş olarak değerlendirilmelidir (bkz.14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas/Konsey, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.263; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.76; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa Islamiya Égypte/ Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.115; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.118).
- 54 Ayrıca, içtihatlara göre, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin hedefleri doğrultusunda söz konusu ulusal yargılamanın amacının önleyici veya cezalandırıcı nitelikteki tedbirlerin alınması yoluyla geniş anlamda terörle mücadele etmek olması kaydıyla, ilgili maddenin yetkili makam kararlarının dar anlamıyla ceza

yargılamaları bağlamında alınmasını gerekli kılmadığına da dikkat çekilmelidir (bkz.14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas/Konsej, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.269 ila 271; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T-289/15, EU:T:2019:138, para.82 ila 84; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa İslamiya Égypte/ Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.119 ila 121; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.119).

- 55 Mevcut davada, İçişleri Bakanının 2001 tarihli kararı, terör örgütü olduğu değerlendirilen örgütleri yasaklayan tedbirler koymakta ve böylece içtihatın da gerektirdiği üzere, terörle mücadeleyle bağlantılı olarak temelde PKK'ya ilişkin önleyici ya da cezalandırıcı nitelikte tedbir alınmasını talep eden ulusal yargılamanın bir kısmını oluşturmaktadır (bkz.16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE/Konsej, T 208/11 ve T 508/11, EU:T:2014:885, para.115; 14 Aralık 2018 tarihli karar, Hamas/Konsej, T 400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.272; 6 Mart 2019 tarihli karar, Hamas / Konsey, T 289/15, EU:T:2019:138, para.84; 10 Nisan 2019 tarihli karar, Gamaa İslamiya Égypte/ Konsey, T 643/16, EU:T:2019:238, para.121; ve 24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.120).
- 56 Yukarıdaki değerlendirmelerden tartışmalı tedbirlerin, Mahkeme'nin kararın gerekçesinde belirttiği gibi idari bir makam olan ve kararları ceza kararı niteliğinde olmayan İçişleri Bakanının 2001 tarihli kararına dayanarak karar vermiş olması gerekçeyle iptal edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.
- 57 Bu bulgu, mevcut talebi destekleyecek şekilde başvuran tarafından öne sürülen diğer argümanlarla geçersiz kılınmamıştır.
- 58 Öncelikle, yargı işlemlerinde olduğu gibi birçok aşamayı içeren bir usulün bulunmadığı iddialarına ilişkin olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi lafzından, listelemeye dair bir temel sunmak için söz konusu ulusal kararın birçok aşamada gerçekleştirmiş olan bir usulü sonlandırması gerektiği açık değildir (24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.124).
- 59 İçişleri Bakanının yasaklama kararına neden olan usul birçok aşamada gerçekleşmektedir. Öncelikle, bir örgütün yasaklanması için bu makamın örgütün terörizmle ilişkili olduğuna dair makul fikre dayanan delillere ilişkin titiz bir inceleme yapması gerekmektedir. Bu deliller, açık bilgi kaynaklarından ve istihbarat servislerinden alınan bilgileri içerir. Ayrıca, İçişleri Bakanının kararı istihbarat servisleri ve polis yetkililerinin yanı sıra hükümetin tamamıyla görüşüldükten sonra verilir. Son olarak, yasaklama kararı Birleşik Krallık Parlametosunun iki Kamarası tarafından da usulün tasvibi bağlamında değerlendirmeye ve onaya tabidir (24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.125-128).

- 60 Ardından, İçişleri Bakanının kararıyla belirlenen yasaklamanın iddia edilen sınırsız süresine ilişkin, öncelikle kararın yıllık inceleme zorunluluğuna tabi olmasının Konsey'in kararın kapsamına giren oluşumların fon dondurma listelerine dahil edilmesi amacıyla bu karara dayanmasını engellemediğine dikkat edilmelidir, zira inceleme yükümlülüğü uyarınca Konsey ilgili kararın, diğer kararların veya daha sonraki fiili delillerin hala ilgili oluşumu bu listelerde tutmayı değerlendirdiği tarihte gerekçelendirip gerekçelendirmediğini doğrulaması gerekmektedir (24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE/Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.131).
- 61 İkinci olarak, 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörle Mücadele Kanununun 4. maddesi uyarınca, yasaklama tedbirinden etkilenen bir örgüt veya kişinin, illegal örgütler listesinden çıkarılmasının uygun olup olmadığının değerlendirilmesini talep eden yazılı başvurusunu İçişleri Bakanlığına sunması mümkündür ve 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörle Mücadele Kanununun 4. maddesi uyarınca, İçişleri Bakanının bu başvuruyu reddetmesi halinde, başvurana temyiz edilebilecek kararı POAC'a götürerek itiraz edebilir (bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE / Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.132) (bkz.yukarıdaki para.52).
- 62 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörle Mücadele Kanunu İçişleri Bakanının yasaklama kararlarının yıllık olarak incelenmesini öngörmemesine karşın İçişleri Bakanının sınırsız etkisi bulunmadığı sonucu çıkmaktadır.
- 63 Üçüncü olarak, İçişleri Bakanının terör örgütlerini yasaklama konusundaki iddia edilen geniş takdire ilişkin, 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde de açıkça görüleceği üzere, İçişleri Bakanının siyasi değerlendirmeler temelinde değil terör eylemlerini tanımlayan ulusal kanun hükümleri uyarınca yasaklama kararı verdiğine dikkat çekmek önem arz etmektedir. Hükme ilişkin başvuranın iddialarının aksine, İçişleri Bakanının "bir oluşumun terörle bağlantılı olduğuna inanması" halinde oluşumu yasaklayabileceğinin ifade edilmesi, listeye sokulmak için gerekli olan kanıtın derecesiyle ilgilidir (bkz.13 Aralık 2016 tarihli karar, Al-Ghabra/Komisyon, T-248/13, EU:T:2016:721, para.114 ve 115).
- 64 Herhalükarda İçişleri Bakanının geniş kapsamlı takdir yetkisinin, Bakanın taslak kararlarının tabi olduğu parlamento incelemesi ve onayı ile kısıtlanabileceği de eklenebilir. Mahkemenin bu nedenle halihazırda şunları değerlendirme imkanı olmuştur: özellikle İçişleri Bakanının taslak kararlarına ilişkin olarak Birleşik Krallık Parlamentosunun taslak kararları tasdik etmesi gereken iki dairesinden biri olan Avam Kamarasının her üyesine üyelerin bireysel incelemesinin mümkün olduğunu da gösterecek şekilde taslak karar listesine dahil edilen her bir örgüte ilişkin bilgi notunun ulaştığını; Avam Kamarasındaki tartışmaların aslında mevcut davada başvuran tarafından başvurusunda tekrarlandığı üzere 2001 tarihli kararın tasdikine neden olan parlamento görüşmeleri sırasında PKK'ya ilişkin alınan tavırla ortaya koyulduğu üzere belirli örgütlerin üzerini örtebildiğini; ve Avam Kamarasının her durumda

taslak kararı kabul etme ya da reddetme konusunda özgür olduğunu (16 Ekim 2014 tarihli karar, LLTE/ Konsey, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.112; ayrıca bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LLTE/ Konsey, T-160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817 para.136 ve 137).

- 65 Dördüncü olarak, Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden çıkmasının İçişleri Bakanlığı'nın Üye Devletin yetkili makamı şeklinde sınıflandırılmasına dair sonucu doğurduğu iddialarına ilişkin olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ulusal bir kararın fonların dondurulmasına ilişkin listeye ilk girişi gerekli kılacağı şartları belirleyen maddi bir hüküm olduğunu dikkate alınmalıdır. Hukuki kesinlik ve yasal beklentiler ilkelerine uyulmasının, maddi bir kural uyarınca söz konusu olan bir durumun daha sonraki kurallar ile doğruluğunun sorgulanmamasını (bu kurallar teoride yürürlüğe girmelerinden önceki durumlara uygulanmayacak şekilde yorumlanmalıdır) gerekli kıldığı yerleşik içtihat (bkz.6 Temmuz 2021 tarihli karar, CT Control (Rotterdam) ve JCT Benelüks/ Komisyon, C-121/91 ve C-122/91, EU:C:1993:285, para.22, atıfta bulunulan içtihat ve 14 Kasım 2002, Ilumitrónica, C-251/00, EU:C:2002:655, para.29 ve atıfta bulunulan içtihat). Karar verildiği sırada geçerli olan maddi hukuk uyarınca bir kez tesis edildikten sonra, bir makamın herhangi bir eyleminin kabulü sırasında Üye Devletin bir makamının eylemi olarak sınıflandırılmasının, ilgili Devletin Avrupa Birliği'nden çıkmasının etkisiyle geçerliliğinin sorgulanamayacağı sonucu çıkmaktadır.
- 66 Bu davada, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi anlamı dâhilinde, 2001 tarihli kararın bir Üye Devletin yetkili makamının bir tasarrufu olarak sınıflandırılmasının PKK'nın ilk olarak 2002 yılında dava konusu listelere girmesi ile birlikte gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Konsey, itiraz edilen tedbirleri kabul ederken başvuranın bu listelere ilk olarak girmesinin bir Üye Devletin yetkili makamının bir kararına dayandığı fikri ile hareket edebilmiştir. Sonuç olarak, itiraz edilen tedbirlerin kabul edildiği dönemde Birleşik Krallık'ın bir Avrupa Birliği üyesi olmadığı ifadesi, ilgili olmayan bir ifadedir.
- 67 Yukarıda bahsi geçenler temelinde, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi anlamı dâhilinde, İçişleri Bakanlığı'nın "yetkili makam" olarak sınıflandırılmasına itiraz niteliğindeki tüm iddialar reddedilmelidir.

(b) "İlgili dosyada, kararın yetkili bir makam tarafından alındığını gösteren net bilgi veya materyal"

- 68 Esasen, başvuran, ilgili dosya içerisinde, Konsey'in İçişleri Bakanlığı'nın kararının 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) ve (4) maddeleri anlamı dâhilinde terör eylemlerine yönelik olarak bir yetkili makam tarafından alınan bir karar olduğunu gösteren net bilgi veya materyal sunmadığını iddia etmektedir. Başvuranın yazılı itirazlarına göre, bu iddia dört şikâyet için de geçerlidir. İlk olarak, Konsey, İçişleri Bakanlığını bir

“yetkili makam” olarak kabul etme sebeplerini açıklayamamıştır. İkinci olarak, itiraz edilen tedbirler, 2001 tarihli kararın çıkarılmasına yol açan nedenleri içermemektedir. Üçüncü olarak, bu tedbirler, aynı zamanda, Konsey'in ilgili olguları 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesi anlamı dâhilinde ‘terör eylemi’ kavramı kapsamında değerlendirilmesine yönelik nedenleri de açıklayamamaktadır. Dördüncü olarak, Konsey, 2001 tarihli kararın temel aldığı delillere erişim sağlayamamıştır.

- 69 Birinci şikâyete ilişkin olarak, bu hususun sebep gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik kısmi bir resmi eleştiri teşkil ettiği gözlenmiştir (bkz.24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsey kararı, T-160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.329-333) ve bu nedenle, bu husus, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmediğinin iddia edildiği itiraz doğrultusunda incelenecektir (bkz.aşağıdaki para.188-190).
- 70 İkinci ve üçüncü şikâyetlere ilişkin olarak ise, ilk önce, Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararını ele alan ihtilaf konusu tedbirlerin gerekçelerinde yer alan paragrafların içeriklerini hatırlatmak uygun olacaktır.
- 71 İtiraz edilen birinci, ikinci ve üçüncü tedbirler açısından aynı şekilde, Konsey, 2001 tarihli karar dâhil olmak üzere 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi anlamı dâhilinde bir yetkili makamın kararı olarak sınıflandırdığı kararların mevcut bulunmasını dayanak olarak aldığı ifade etmektedir. Konsey, kararların temel alındığı olguya dayalı bilgileri incelediğini ve gerekçelerin, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) ve (3) maddeleri anlamı dâhilinde “terör eylemi” ve “terör eylemlerinde bulunan grup ve oluşum” kavramları kapsamında olduğu görüşünü benimsediğini ifade etmektedir (neden beyanının 1 ila 6. paragrafları). Ayrıca, İçişleri Bakanlığı'nın kararına ilişkin olarak, neden beyanlarının A Ek'inde, Konsey, diğer hususların yanı sıra, kararın 2001 yılında kabul edildiğini çünkü o dönemde, İçişleri Bakanlığı'nın PKK'nın 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesi anlamı dâhilindeki terör eylemlerini gerçekleştirdiğine ve bu eylemlere katıldığına dair makul düzeyde inancı olduğunu ifade etmektedir (Ek A'nın 3, 4 ve 17. bentleri). İlgili terör eylemlerinin 1984 yılından bu yana PKK tarafından gerçekleştirildiğine inanılan terör saldırılarından oluştuğunu ve Batılı turistlerin kaçırılması ve 1993/1994 yıllarında bir rafineriye saldırı ve yabancı turistlerin ölümüne yol açan turistik yerlere düzenlenen saldırılar dâhil olmak üzere Türkiye Hükümeti üzerinde baskı kurmak için PKK'nın, 1990'lı yılların başında, Batı'nın menfaatlerini ve yatırımlarını hedef alan bir terör kampanyası gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. PKK'nın bu kampanyayı 1995 ve 1999 yılları arasında terk etmiş olmasına karşın yine bu dönem içerisinde Türkiye'deki turistik yerlere saldırıya yönelik bir tehdit oluşturmaya devam ettiğini gözlemlemektedir. Konsey, bu eylemlerin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin birinci bendindeki (i) ve (ii) altbentlerinde belirtilen amaçlar kapsamında olduğunu ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin birinci bendindeki (iii)(a), (c), (d), (f), (g) ve (i) altbentlerindeki şiddet eylemleri kapsamında olduğunu değerlendirdiğini ifade etmektedir (Ek A'nın 17. bendi).

- 72 Daha sonra, içtihadı göre açıkça anlaşılmalıdır ki, özellikle söz konusu kişi veya oluşumların verilmiş bir kararı tespit edebilmesi için, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi anlamı dâhilinde gerekli olan "ilgili dosya içerisindeki net bilgi veya materyal" kavramının, bu kararın, yine bu hüküm içerisindeki tanıma uyan ulusal bir makamca belirli kişiler veya oluşumlar açısından verildiğini göstermesi gerektiği ancak bu kararın içeriğine ilişkin olmadığı unutulmamalıdır (bkz.24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsey Kararı, T-160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.148 ve atıfta bulunulan içtihat).
- 73 Buna göre, bu davada, itiraz edilen tedbirler açısından, Konsey'in, bu kararın tam tarihini, kararı veren makamı ve kararın hukuki dayanağını - ki bu da Birleşik Krallık'ın 2000 tarihli Terör Eylemleri Kanunudur - göstermek suretiyle 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi anlamı dâhilinde İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararına ilişkin '[yeterli düzeyde] net bilgi' sunduğu düşünülebilir.
- 74 2001 tarihli kararın dayanağını oluşturan delile ilişkin dördüncü şikâyete gelindiğinde ise, içtihadı göre açıkça anlaşılmalıdır ki, bu kararın temel aldığı delil ve dayanaklar, gerekçede tanımlanamaz veya bu gerekçe ile birlikte açıklanamaz. Oturmuş içtihadıtan açıkça anlaşıldığı üzere, bu karar bir kınama kararı ile aynı şekilde değerlendirilmelidir çünkü bu karar, devamında bir soruşturma gerekliliği olmaması nedeniyle ve amacının ilgili kişi ve oluşumların Birleşik Krallık'ta yasaklanması olması ve herhangi bir bağı olan kişilerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilir olması nedeniyle nihaidir (10 Eylül 2020 tarihli Hamas/Konsey Kararı, C-122/19 P, yayımlanmamış, EU:C:2020:690, para.44 ve 45; 10 Eylül 2020 tarihli Hamas/Konsey Kararı, C-386/19 P, yayımlanmamış, EU:C:2020:691, para.65; 24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsey Kararı T-160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.155-156). Bu Ortak Tutum ile kurulan iki kademeli sistem dâhilindeki yakın işbirliği ilkesi doğrultusunda, Konsey, fonların dondurulmasına ilişkin olarak kişi veya oluşumların isimlerini listelere eklemeyen önce, bu kınama kararlarının ciddi ve güvenilir delil veya dayanak temelinde olup olmadığını doğrulamak zorunda değildir ve bu kapsamda, ulusal makamın değerlendirmesini kabul etmelidir (bkz. bu kapsamda, 14 Aralık 2018 tarihli Hamas/Konsey Kararı, T-400/10 RENV, EU:T:2018:966, para.304-309; 6 Mart 2019 tarihli Hamas/Konsey Kararı, T-289/15, EU:T:2019:138, para.115-122; 24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsey Kararı, T-160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.147 ila 158; ayrıca bkz.yukarıdaki para.21).
- 75 Buna göre, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi uyarınca "ilgili dosya içinde, kararın yetkili bir makam tarafından alındığını gösteren açık bilgi veya materyal bulunması" hususuna yönelik gerekliliklere Konsey'in uyum sağlamadığına ilişkin tüm itirazlar reddedilmelidir.

(c) İçişleri Bakanlığı tarafından PKK'nın terör örgütü olarak ilan edilmesi temelinde, terör eylemlerinin tarihi

- 76 Birinci husus olarak şunun belirtilmesi gerekir ki bu davada değerlendirilmesi gereken "zamanda mesafe" konusu, İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararında ele alınan olaylar ile bu kararın tarihi arasındaki döneme ilişkindir.
- 77 Bu iddianın 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlal edildiğinin öne sürüldüğü itirazı desteleyecek şekilde ortaya konduğundan, özellikle bahsi geçen karar içeriğinde ele alınan olayların tarihi (bkz.Konsej/LTTE davasında Başsavcı Sharpston'ın Mütalaası, C-599/14 P, EU:C:2016:723, para.80), bu kararda atıfta bulunulan olayları birbirinden ayıran zaman aralığı ve kararın kabulü ışığında, yalnızca 2001 tarihli kararın söz konusu hükmün anlamı dâhilinde 'yetkili bir makamın kararı' olarak sınıflandırılması temelinde karar vermek uygundur. Öte yandan, mevcut davada itiraz edilen ve başvuranın adının listede yazılı bulunduğu kararlar, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesinin ihlal edildiğinin öne sürüldüğü itiraz kapsamında incelenecektir.
- 78 Bu davadaki konuya ilişkin "zamanda mesafe" hususunun değerlendirilmesine ilişkin olarak, Türkiye'deki turistik yerlere saldırı tehditlerini içeren İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararında ele alınan en güncel olguların 1995 ila 1999 yılları arasındaki dönemi kapsadığı gözlemlenmektedir (bkz.yukarıdaki para.71). Buna ek olarak, 2001 tarihli kararda da olduğu gibi (bkz.yukarıdaki para.74) ilk olarak listeye alınmanın temelini teşkil eden ulusal kınama kararlarında dayanak olarak alınan olguların doğruluğunu inceleme konusunun Konsey'in sorumluluğunda olmadığı da unutulmamalıdır (bkz.yukarıdaki para.21).
- 79 Buna göre, başvuran, ilgili saldırı tehditlerinin doğruluğunu tartışma konusu yaparak, neden beyanı içerisinde bu tehditlerin doğruluğunu destekler nitelikte delil veya iddianın bulunmadığını öne sürdüğü için bu husus, bu davada ele alınabilir. Yine bu duruma göre, en güncel olaylar (1999) ile 2001 tarihli kararın tarihi arasındaki zaman mesafesi yaklaşık olarak iki yıldır. Beş yıldan daha az olan bu zaman mesafesi, aşırı olarak kabul edilmemektedir (bkz. bu kapsamda, 24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsej Kararı, T-160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.208 ve atıfta bulunulan içtihat).
- 80 Bu nedenle, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi, bu hüküm kapsamında ele alınan İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararında atıfta bulunulan olayların tarihi nedeniyle ihlal edilmemiştir.
- 81 Yukarıda belirtilen tüm hususlara göre, itiraz edilen tedbirlerin İçişleri Bakanlığı'nın 2001 tarihli kararına dayandığına yönelik şikâyetler reddedilmelidir.

2. Birleşik Devletler Kararları

- 82 “Yetkili makam” kavramına ve böyle kararların alındığını göstermek için ihtiyaç duyulan bilgilere dayanan iddialar temelinde, başvuran, 1997 ve 2001 tarihli ABD makamları kararlarının, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesi bağlamında, yetkili makamın kararı olarak sınıflandırılmasına itiraz etmektedir.
- 83 Bu noktada, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesinde kullanılan ‘yetkili makam’ ibaresinin, Üye Devletlerin makamlarıyla sınırlı olmayıp, kural olarak üçüncü Devletlerin yetkili makamlarını da içerdiğini belirten mevcut yerleşik içtihadı hatırlatmak uygun olacaktır (26 Temmuz 2017 tarihli, Konsey/ LTTE, C 599/14 P, AB:C:2017:583 kararı, para.22; 14 Aralık 2018 tarihli, Hamas / Konsey, T 400 /10 RENV, AB:T:2018:966 kararı, para.244 ve 6 Mart 2019 tarihli, Hamas/ Konsey, T 289/15, AB:T:2019:138 kararı, para.43).
- 84 Bu yorum, ilk önce “yetkili makamlar” kavramını Üye Devletlerin makamlarıyla sınırlandırmayan 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesi hükmü ve ikinci olarak da tüm devletlerin sistematik ve yakın iş birliği yoluyla terörizmle küresel çapta mücadelelerini yoğunlaştırmalarını amaçlayan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 1373 (2001) sayılı kararını uygulamak için kabul edilen “Ortak Tutum”un hedefi ışığında haklı kılınmaktadır (26 Temmuz 2017 tarihli Konsey/LTTE, C 599/14 P, AB:C:2017:583 kararı, para.23; 14 Aralık 2018 tarihli Hamas/Konsey, T 400/10 RENV, AB:T:2018:966 kararı, para.245; 6 Mart 2019 tarihli Hamas/Konsey, T 289/15, AB:T:2019:138, kararı, para.44).
- 85 Bununla birlikte, emsal niteliğindeki yerleşik içtihatlar göre, Konsey, üçüncü bir Devlete ait kararı esas aldığı anda, öncelikle bu kararın savunma haklarına ve etkin yargısal korunma hakkına uygun olarak alınıp alınmadığını doğrulamalıdır (26 Temmuz 2017 tarihli Konsey /LTTE, C 599/14 P, AB:C:2017:583 kararı, para.24 ve 31, 4 Eylül 2019 tarihli Hamas/ Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557 kararı, para.58).
- 86 Dolayısıyla, bahse konu davada Konsey tarafından da yürütüldüğü şekilde, başvuranın bu doğrulamaya itirazını içeren iddialarını inceleyerek başlamak uygun olacaktır. Bu hususla ilgili olarak, bahsedilen doğrulamanın yapılmasına yönelik ihtiyacın, özellikle 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesindeki fonların dondurulmasına ilişkin listeye bir şahıs yahut oluşumun ilk defa kaydının yapılmasının yetkili makamca alınan karara dayandırılması gerektiğini içeren şarttan kaynaklandığına dikkat edilmelidir. Böylece, ilgili şahıs veya oluşumların listeye kayıtlarının, en baştan yalnızca yeterli düzeyde sağlam olgulara dayalı biçimde yapılması sağlanarak, bu şahıs veya oluşumların korunması amaçlanmıştır (bkz.15 Kasım 2012 tarihli Al-Aqsa/ Konsey ve Hollanda/ Al- Aqsa, C 539/10 P ve C 550/10 P, AB:C:2012:711 kararı, para.68). Konsey’in şahıs veya oluşumların ilk kayıtlarında esas aldığı üçüncü Devletlerce verilen kararların, savunma haklarına ve etkin yargısal korunma hakkına uygun olarak alınmaması halinde bu amaca ulaşılamaz (26 Temmuz 2017 tarihli Konsey/ LTTE, C 599/14 P, AB:C:2017:583 kararı, para.26).

- 87 Mevcut davada, PKK'nın ABD makamları tarafından "Yabancı Terör Örgütü" (YTÖ) ve "Özel Olarak Belirlenmiş Küresel Terörist" (ÖOBKT) olarak tanımlanmasıyla ilgili olarak itiraz edilen tedbirlere yönelik hazırlanan gerekçe beyanının C Ekinde, Konsey, diğerlerinin yanı sıra, YTÖ tanımlamasının 8 Ekim 1997'de ve ÖOBKT tanımlamasının 31 Ekim 2001'de kararlaştırıldığını belirtir (C Eki'nin 3 ve 4. maddeleri).
- 88 Konsey, YTÖ tanımlamalarının, eğer bu süre zarfında bir iptal talebine konu olmamışsa, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı tarafından her beş yılda bir düzenli olarak gözden geçirildiğini ifade eder. Ayrıca ilgili oluşum, her iki yılda bir, YTÖ tanımlamasının dayandırıldığı koşulların önemli ölçüde değiştiğini gösteren kanıtlar sunarak, bu tanımlamanın iptal edilmesini talep edebilir. ABD Dışişleri Bakanlığı (Birleşik Devletler) ve ABD Kongresi (Birleşik Devletler) de resen bir YTÖ tanımlamasını iptal edebilir. Ek olarak, bu oluşum, Kolumbiya Bölgesi (Birleşik Devletler) için Bölge Temyiz Mahkemesi nezdinde YTÖ tanımlaması hakkında yargısal inceleme yapılmasını talep edebilir. ÖOBKT tanımlamalarına ilişkin olarak ise, Konsey, tanımlamaların düzenli olarak incelemeye tabi olmadığını, ancak federal mahkemeler nezdinde bunlara itiraz edilebileceğini belirtir. (gerekçe beyanının C Eki'nin 8-11. fıkraları). Ek olarak Konsey, başvuranın YTÖ ve ÖOBKT tanımlamalarına Birleşik Devletler mahkemeleri ve divanları nezdinde itiraz edilmediğini ve herhangi bir derdest davaya konu olmadıklarını belirtir (gerekçe beyanının C Eki'nin 11. ve 12. fıkraları). İnceleme usullerini ve mevcut kanun yolları tanımını da göz önüne alarak, Konsey, Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulanabilir mevzuatının savunma haklarını ve etkin yargısal korunma hakkını koruma altına aldığı fikrindedir (gerekçe beyanının C Eki'nin 13.fıkrası).
- 89 Bununla birlikte, Genel Mahkeme, itiraz edilen tedbirlere eklenenlerle aynı gerekçe beyanı hakkında verdiği bazı kararlarda, Amerika Birleşik Devletleri'nde savunma haklarının gözetilmesi ilkesine uygunluk açısından, Konsey'in gerekli doğrulamayı yaptığı kararına varmak için bunların yeterli olmadığına hükmetmiştir (6 Mart 2019 tarihli, Hamas/ Konsey, T 289/15, AB:T:2019:138 kararı, para.54-65); 10 Nisan 2019 tarihli, Gamaa İslamya Égypte / Konsey, T 643/16, AB:T:2019:238 kararı, para.93-104 ve 4 Eylül 2019 tarihli, Hamas/ Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557 sayılı kararı, para.65-76). Ayrıca Adalet Divanı, Konsey'in ABD kararlarını esas aldığına dair Genel Mahkeme'nin yaptığı analizi eleştiren itiraza ilişkin tek temyiz edilen kararında (4 Eylül 2019 tarihli, Hamas/Konsey, T 308) /18, AB:T:2019:557 kararı), bu eleştirilerin kabul edilemez olduğunu ve Genel Mahkeme'nin temyiz edilen karardaki analizinin kesin hüküm olduğuna hükmetmiştir (23 Kasım 2021 tarihli, Konsey /Hamas, C 833/19 P, AB: C:2021:950 kararı, para.36-40 ve 82).
- 90 Savunma haklarını gözetme ilkesi, çıkarlarını önemli ölçüde etkileyen kararlardan etkilenen şahısların, söz konusu kararların dayandığı aleyhlerindeki delillere ilişkin görüşlerini bilfiil bildirebilecekleri bir konumda olmalarını gerektirir. Bu ilkeye göre, fonların dondurulmasına ilişkin olarak şahıs veya oluşum adlarının listeye

alınmasına yönelik tedbirler söz konusu olduğunda, tedbirlerin kabul edilmesiyle aynı zamanda veya hemen sonrasında, bu şahıs veya oluşumlara gerekçelerinin bildirilmesi zorunludur (bkz.4 Eylül 2019 tarihli, Hamas/ Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557, kararı, 65-66 ve alıntılanan içtihat).

- 91 2001 kararına zemin hazırlayan ÖOBKT tanımlamasını düzenleyen Birleşik Devletler mevzuatına ilişkin olarak, Konsey tarafından gerekçe beyanında sağlanan genel açıklamada, Birleşik Devletler makamları için ilgili taraflara gerekçe beyanını bildirmelerine ve hatta bu kararları yayınlanmalarına yönelik bir yükümlülüğün bahsedilmemesidir; netice olarak, buradan savunma hakları ilkesine uyulduğu fikrine varılamaz (bkz.4 Eylül 2019 tarihli, Hamas/ Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557 kararı, para.69 ve 70).
- 92 1997 kararına zemin hazırlayan YTÖ tanımlamasını düzenleyen mevzuata gelince, burada söz konusu kararların resmi gazetede yayınlanması kesin biçimde öngörülmektedir. Ancak, kararların yürürlükte olan kısmı haricinde, gerekçe beyanı, o yayımda bunun sunulduğunu yahut herhangi bir şekilde başvurana erişilir kılındığını göstermemektedir (bkz.4 Eylül 2019 tarihli, Hamas/Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557 kararı, para71 -75). Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı'nın [terör örgütü] PKK ile ilgili 2019 tarihli ve ABD makamlarına sunulan ve gerekçe beyanında atıfta bulunulan "idari dosyası", aslında büyük ölçüde ABD'nin 1997 ve 2001 tarihli kararlarının devamı niteliğindedir ve bu kararlarla ilgili veriyi ve gerekçe beyanını içerdiğini gösteren bir şey yoktur. Ayrıca Konsey, aslında yalnızca yazılı taleplerinde başvuranın bu dosyaya erişim hakkını kullanmadığını ileri sürmekte, söz konusu idari dosyaya erişim koşullarını herhangi bir şekilde belirtmemektedir.
- 93 1997 tarihli kararın yürürlükteki kısmının resmi gazetede bu şekilde yayınlanması ve dolayısıyla gerekçe beyanında bu yayıma yalnızca atıfta bulunulması, Konsey'in, savunma hakları ilkesine ABD'de uyulması konusunda gerekli doğrulamayı gerçekleştirdiği sonucuna varmak için yeterli değildir (4 Eylül 2019 tarihli, Hamas /Konsey, T 308/18, AB:T:2019:557 kararı, para.76).
- 94 Mahkeme'nin, 6 Mart 2019 tarihli, Hamas/Konsey (T 289/15, AB:T:2019:138 kararı, para.65), 10 Nisan 2019 tarihli, Gamaa Islamiya Égypte/Konsey (T 643/16, AB:T:2019:238 kararı, para.104) ile 4 Eylül 2019 tarihli Hamas/Konsey (T 308/18, AB:T:2019:557 kararı, para.76) kararlarında olduğu gibi, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi bağlamında, ABD kararlarının yetkili makamların kararları olarak itiraz edilen tedbirler için dayanak teşkil edemeyeceğine mevcut davada karar verilmesi gerektiği anlaşılmakta olup, bunun için etkin yargısal koruma hakkına riayet edilip edilmediği hususunun veya ABD makamlarının bu hüküm kapsamındaki kararlarının Konsey tarafından temel alınmasının hukuka uygun olup olmadığına dair itirazları içeren diğer iddiaların incelenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır.

95 Yukarıda bahsedilenlerin tamamından, itiraz edilen tedbirlerin 1997 ve 2001 tarihli ABD kararlarına dayanması yönünden 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlal edildiğini iddia eden itirazın onaylanması gerektiği; ancak bu tedbirlerin İçişleri Bakanı'nın 2001 tarihli kararına istinaden reddedildiği anlaşılmaktadır.

C. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ihlal edildiğine ilişkin ikinci itiraz

96 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(4)'ün ihlal edildiğine ilişkin itirazın, 1997 ve 2001 tarihli Amerika Birleşik Devletleri kararları açısından kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, işbu itiraz, söz konusu kararlarda dayanak olarak alınan olayların terör olayları olarak sınıflandırılmasına itiraz ettiğinden incelenmeyecektir.

97 Başvuran, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3)'ün ihlal edildiği iddiasına ilişkin talebi desteklemek amacıyla, anılan bazı olaylar açısından, kendi kaderini tayin etme maksadıyla yapılan bir silahlı çatışma bağlamında yürütülen eylemlerde terör amacı güdüldüğüne ve daha spesifik olarak da bazı olaylar açısından, söz konusu hükümde belirtildiği üzere gerekçede açıklanan bazı eylemlerin güttüğü iddia edilen terörist amaçlara, itiraz eden iki tip argüman ileri sürmektedir.

98 Taraflar arasında Konsey'in yetkili ulusal makamın olguların sınıflandırmasını doğrulama yükümlülüğüne ilişkin olarak yapılan fikir alışverişlerinden sonra, söz konusu yükümlülüğün Konsey'e ait olduğu ve dolayısıyla başvuranın argümanlarının, ulusal makamlar tarafından göz önüne alınan eylemlerin 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3)'te yapılan terör eylemi tanımına uyup uymadığına ilişkin doğrulamanın sonucuna itiraz etmesi nedeniyle etkili olduğu ilk olarak belirtilmelidir.

99 Özellikle "bir terör eyleminden, böyle bir eylemde bulunmaya teşebbüsten, bu eyleme katılmaktan veya bunu kolaylaştırmaktan mahkumiyete" atıfta bulunan, Ortak Tutum madde 1(4)'ün ilk fıkrasındaki ifadeden de anlaşılacağı üzere, Konsey, ulusal makamlar tarafından belirlenen eylemlerin, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3)'te tanımlanan terör eylemleriyle uyumlu olup olmadığını doğrulamalıdır (bkz.16 Ekim 2014 tarihli, LTTE/Konsey davası, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.191). Başvuranın bazı şikâyetlerinden de anlaşılacağı üzere, terör eylemi tanımlarının bir devletten diğer devlete değişmesi ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'da yapılan tanımla her açıdan uyumsuzluğu nedeniyle bu doğrulama gereklidir.

100 Ancak, Konsey önündeki yargılamalar süresince ilgili oluşumun, ulusal kararın 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3) kapsamındaki terör eylemleriyle ilgili olduğunu detaylı bir biçimde öne sürmemesi halinde, Konsey'in bu hususla ilgili daha detaylı bir görüş sunması gerekmemektedir ve gerekçe beyanında, yetkili ulusal makamlar tarafından alınan kararların gerekçelerinin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'da yapılan terör tanımı kapsamına girip girmediğini doğruladığının belirtilmesi

yeterlidir (bkz.24 Kasım 2021 tarihli, yayınlanmayan LTTE/Konsej davası, T-160/19, EU:T:2021:817, para.162-163 ve atıf yapılan içtihat).

- 101 Ayrıca, Konsey'in 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3) kapsamında yaptığı doğrulamanın, yalnızca ulusal makamların kararlarında belirlenen ve ilgili oluşumun listeye alınması konusunda dayanak olarak alınan olaylarla ilgili olduğu belirtilmelidir. 24 Kasım 2021 tarihli LTTE/Konsej davası (T-160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.168 ve 276) kararından da anlaşılacağı üzere, Konsey'in bir oluşumu fonların dondurulmasıyla ilgili listelerde tutarken, ilgili oluşumun 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3) kapsamında terör eylemlerinde bulunduğunu değil, bu eylemleri işlediği anlamına gelmese bile bunlara iştirak etme konusunda süregelen bir riskin bulunduğunu saptaması gerekmektedir.
- 102 Bununla birlikte, PKK'nın ilk olarak listeye girmesinin ardından terör eylemlerinde bulunduğu hususu göz önüne alındığında, bu durum listede kalmasını daha ziyade haklı kılmaktadır.
- 103 Tüm bunların sonucu olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3)'ün ihlal edildiğine ilişkin itiraz, Konsey'in 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6) kapsamında yaptığı incelemeler sırasında PKK'nın listelerde tutulması için esas alınan eylemlerle ilgili olması açısından etkisiz olsa da, başvuranın ilk olarak listeye alınmasına sebebiyet veren ulusal makam kararlarında belirlenen olayların "terör eylemleri" olarak sınıflandırılmasına karşı çıkması açısından etkilidir.

1. 2001/931 sayılı Ortak Tutum Madde 1(3)'te atıfta bulunulan amaçların, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi amacıyla yapılan meşru silahlı çatışma işığında yorumlanması gerektiğine ilişkin argüman

- 104 Başvuran, kendisi ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki silahlı çatışmayı gerekçe göstererek, Konsey tarafından kendisine isnat edilen eylemlerin terörist amaçlarla işlendiğini reddetmektedir. Başvuranın sunumuna göre, uluslararası hukuk uyarınca silahlı çatışmada şiddete başvurulmasına prensip olarak izin verildiğinden, itiraz edilen tedbirlerin içinde bulunduğu bağlamın, bir diğer deyişle Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi amacıyla PKK ve Türk makamları arasında yapılan meşru silahlı çatışmanın göz önünde bulundurulması önemlidir. TEU (Avrupa Birliği Antlaşması) madde 3(5) ve 21 uyarınca, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(3), kendi kaderini tayin etmeye ilişkin uluslararası hukuk, uluslararası insanlı hukuk veya demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün temel değerleri ışığında yorumlanmalıdır. Başvuran, silahlı bir çatışma sırasındaki eylemlerin terör eylemi teşkil edebileceğini belirten 14 Mart 2017 tarihli A/Diğerleri davası (C-158/14, EU:C:2017:202) kararından yola çıkarak, silahlı çatışma sırasında yapılan eylemlerin hangi durumlarda terör eylemi teşkil ettiğinin belirlenmesi ihtiyacını vurgulamaktadır.

- 105 Dolayısıyla başvuran, kendisine isnat edilen eylemlerin terör amaçlı işlendiği iddiasına karşı çıkmakta ve bir eylemde bulunma ile bu eylemi terör amacıyla işleme arasında yapılması gereken ayrımı vurgulamaktadır. Özellikle, Türk Devletini istikrarsızlaştırmayı veya yok etmeyi değil, geliştirmeyi ve kendi kaderini tayin etme hakkı da dâhil olmak üzere Avrupa Birliği'nde benimsenen demokratik ilkelerle uyumlaştırmayı amaçladığını savunmaktadır. Ayrıca, Türk Hükümetine, Kürtler için daha iyi bir toplumsal durum yaratmayı kabul ettirmeye çalıştığı için bunun haksız olarak nitelendirilemeyeceğine değinmiştir. Son olarak, başvuran, yalnızca meşru askeri hedeflerin güdüldüğü gerekçesiyle, bazen sivillerin ölümüne yol açılmış olsa da kendisine isnat edilen eylemlerden hiçbirinin sivil halkı hedef almadığını öne sürmektedir.
- 106 Bu kapsamda, hem Adalet Divanı'nın hem Genel Mahkeme'nin içtihatlarından anlaşılacağı üzere, uluslararası insancıl hukuk anlamında silahlı bir çatışmanın varlığının, 2001/931 sayılı Ortak Tutum gibi terörizmin önlenmesiyle ilgili AB hukuku hükümlerinin, işlenebilecek terör eylemlerine uygulanmasını engellemediği unutulmamalıdır (14 Mart 2017 tarihli A/Diğerleri davası kararı, C-158/14, EU:C:2017:202, para.97 ve 98; ayrıca bkz. 24 Kasım 2021 tarihli yayınlanmamış LTTE/Konsey davası kararı, T-160/19, EU:T:2021:817, para.294 ve atıf yapılan içtihat).
- 107 Esasen, 2001/931 sayılı Ortak Tutum, söz konusu eylemin kapsamı bakımından, eylemin uluslararası insancıl hukuk anlamında bir silahlı çatışma bağlamında işlenip işlenmediği hususunda herhangi bir ayırım yapmaz. Ayrıca, Avrupa Birliği ve Üye Devletlerinin amacı, mevcut uluslararası hukukun amaçları doğrultusunda terörün her şekliyle mücadele etmektir (16 Ekim 2014 tarihli LTTE/Konsey davası kararı, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.58).
- 108 Ayrıca, başvuran, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un silahlı çatışma durumlarındaki uygulanabilirliğine itiraz etmemekle beraber, söz konusu Ortak Tutum hükümlerinin, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi için Türk makamlarına karşı yürüttüğü silahlı çatışmanın meşru niteliğini göz önünde bulundurarak yorumlanması gerektiğini düşünmektedir.
- 109 Başvuranın da savunduğu üzere, özellikle 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. maddesinde belirtilen kendi kaderini tayin etmeye ilişkin mutlak ilkenin, kendi kendini yönetmeyen tüm bölgeler ve bağımsızlığını henüz kazanmamış tüm halklar için geçerli olan bir uluslararası hukuk ilkesi olduğu kabul edilmelidir (bkz.21 Aralık 2016 tarihli, Konsey/Polisario Cephesi davası kararı, C-104/16 P, EU:C:2016:973, para.88 ve 4 Eylül 2019 tarihli Hamas/Konsey davası kararı, T-308/18, EU:T:2019:557, para.217).
- 110 İşbu davaya uygulanması veya kendi kaderini tayin amacıyla silahlı kuvvete başvurulması konusunda bir görüş bildirmeden, söz konusu ilkenin, bir bölge halkının veya nüfusunun kendi kaderini tayin etme hakkını kullanmak üzere 2001/931 sayılı

Ortak Tutum madde 1(3)'te bahsedilen araca başvurabileceği anlamına gelmediği hükmüne varılmalıdır (4 Eylül 2019 tarihli Hamas/Konsey davası kararı, T-308/18, EU:T:2019:557, para.218 ve 24 Kasım 2021 tarihli yayınlanmamış LTTE/Konsey kararı, T-160/19, EU:T:2021:817, para.299).

- 111 Mahkeme, "baskıcı bir hükümete" karşı silahlı çatışmaya dâhil olan özgürlük hareketleri taraflı silahlı çatışmalarda terör eylemlerinin yasaklanmasına yönelik bir istisnanın AB hukukunda ve hatta uluslararası hukukta hiçbir temeli olmadığına hâlihazırda karar vermişti. Özellikle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 28 Eylül 2001 tarihli 1373 (2001) sayılı kararı, Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmesi, Uluslararası ve Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I ve II. Protokoller ve 9 Aralık 1999 tarihinde New York'ta imzalanan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme olmak üzere uluslararası hukuk hükümleri, terör eylemlerini kınamaları noktasında, eylemi gerçekleştirenin statüsü ile hedefleri arasında ayırım yapmazlar (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208/11 ve T-508/11, EU: T:2014:885, para.68).
- 112 Ayrıca, mevcut davada, başvuranın kendi kaderini tayin etme amaçlarına yönelik olarak özellikle silahlı çatışmalarda terör eylemlerinin yasaklanmasında bir istisna olduğu iddiasını destekleyen tek bir hükme - bu örnekte AB hukukunun - atıfta bulunduğu gözlemlenmelidir; şöyle ki, terörle mücadeleyle ilişkin 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararına (OJ 2002 L 164, s. 3) ve bilhassa, "Silahlı kuvvetlerin, uluslararası insanlı hukuk tarafından bu kanun kapsamındaki anlamıyla düzenlenen, silahlı çatışma dönemlerindeki eylemleri ve diğer uluslararası hukuk kurallarına tabi oldukları ölçüde, bir devletin silahlı kuvvetlerinin resmi görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri eylemler, bu Çerçeve Karara tabi değildir" ifadesi olan bu Çerçeve Kararının 11. gerekçesine. Başvuran, 2022/475 sayılı Çerçeve Kararına, II. Dünya Savaşı esnasında gerçekleşen çeşitli Avrupa direniş hareketleri tarafından yürütülenler gibi silahlı direnişi açık bir şekilde kapsamı dışında tutan bir beyanın eşlik ettiğini eklemektedir.
- 113 Ancak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum, tıpkı AB düzeyinde uyguladığı 1373 (2001) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı gibi, 2002/475'in sayılı Çerçeve Kararın 11. gerekçesi ile karşılaştırılabilir hiçbir hüküm içermemekte ve bu Ortak Tutum'da bu şekilde bir açıklamanın olmaması, tam olarak Konsey'in, terörizmin finansmanı ile mücadele yoluyla önlenmesi söz konusu olduğunda Ortak Tutum hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir istisna sağlamama niyetini ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208 /11 ve T-508/11, EU:T:2014:885, para.74-76).
- 114 2022/475 sayılı Çerçeve Kararına ve bu çerçeve karara eşlik eden Konsey beyanına yapılan atfın alakasız olduğu anlaşılmaktadır.

- 115 İlaveten, bir yandan insanların veya bir bölgede yaşayanların erişmeye çalıştıkları hedefler ile diğer yandan bu hedeflere erişmek için takındıkları tutum arasında bir ayırım yapılmalıdır. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendinin (i) ve (iii) hususlarında atıfta bulunulan "amaçlar", nihai veya dayanak hedefler olarak ifade edilebilecek bu tür hedeflere karşılık gelmemektedir. Kullanılan terimlerden de görüldüğü üzere (korkutma, cebir, dengesizleştirme veya tahrip etme); amaçlar, yürütülen eylemlerin niteliğine atıfta bulunmaktadır ki bu da 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendinin "amaçlara" değil yalnızca "eylemlere" atıfta bulunduğu kanaatine yol açmaktadır (bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.300 ve alıntılanan içtihat).
- 116 Bu nedenle, özellikle, başvuranın iddia ettiğinin aksine, daha demokratik hale getirmek için Türk Devletinin temel yapılarını değiştirmekten ibaret olan ve bu yapıları gerçekleştirilen saldırılarla (2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendinin (iii) hususu) güdülen amaç, kanıtlanmış olsa bile dikkate alınması gerekli değildir. Benzer şekilde, 'usulsüz olarak' ifadesinin (2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin birinci fıkrasının (ii) bendi), özellikle kullanılan zorlayıcı tedbirler vasıtasıyla uygulanan baskının yasadışı niteliğine atıfta bulunacak şekilde anlaşılması gerekmektedir; ve bu baskının uygulanmasıyla güdülen amacın iddia edilen meşru niteliği ışığında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Son olarak, nüfusun korkutulmasına ilişkin olarak (2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendinin (i) hususu), başvuranın, Kürt halkının kendi kaderini tayin hakkı için yürüttüğü silahlı çatışmanın yalnızca askeri hedefleri hedef alacak şekilde olduğunu iddia etmesi bağlamında, gerekçeler beyanında belirtilen eylemlerden birkaçının -özellikle turistik yerlere yönelik saldırılar- tamamlayıcı bir şekilde değil, öncelikli bir şekilde sivil halkı hedef alması nedeniyle, aslında bu argümanın hiçbir temeli olmadığına karar verilmelidir (bkz.özellikle aşağıdaki para.126 ve 127).
- 117 Son olarak, yukarıda belirtilenden, terörü önlemek için kullanılan aracın, yani 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un ve daha genel olarak, Avrupa Birliği'nin tüm kısıtlayıcı tedbirlerinin, baskıcı Devletlerde insanların kendi kaderlerini tayin etme hakkından yararlanmalarına bir engel teşkil ettiği çıkarılamayacağı vurgulanmalıdır. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un ve Konsey tarafından uygulanması, bir Devlet ve bir grup arasındaki çatışmada kimin haklı veya haksız olduğunu belirlemeye değil terörle mücadele etmeye çalışır (16 Ekim 2014 tarihli karar, LTTE v Konsey, T-208/11 ve T-508/11, EU:T:2014:855, para.71). Bu tür bir senaryoda, (bkz, bu bağlamda, 28 Ekim 1982 tarihli karar, Faust v Komisyon, 52/81, EU:C:1982:369, para.27; 16 Haziran 1998 tarihli karar, Racke, C-162/96, EU:C:1998:293, para.52; 27 Eylül 2007 tarihli karar, Ikea Toptan Satış, C 351/04, EU:C:2007:547, para.40; 6 Eylül 2011 tarihli emir, Mugarby v Konsey ve Komisyon, T 292/09, yayınlanmamış, EU:T:2011:418, para.60) ilgili devlete ilişkin tüzel veya gerçek kişiler olsun veya kendi kaderini tayin etme hakkından yararlanmak isteyen insanlar olsun, Avrupa Birliği'nin dış

ilişkilerinin idaresine yönelik olarak AB kurumlarına tanınan kapsamlı takdir yetkisini kullanarak kime kısıtlayıcı tedbirlerin alınacağına karar verecek olan Konsey'dir.

- 118 Sonuç olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendindeki hükümün yorumunda, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi için silahlı çatışmanın meşruluğuna ilişkin hususların dikkate alınması gereğine ilişkin başvuranın argümanı, reddedilmelidir.
- 119 Buna göre, başvuranın ilişkilendirilen birtakım eylemler bağlamında atıfta bulunulan terörist hedefler hakkındaki bu eylemlerin Türk ordusuna karşı misillemeler olduğu gerekçesiyle itiraz içeren tüm argümanları, reddedilmelidir. Bilhassa, başvurunun iddia ettiğinin aksine, 20 Ağustos 2020 tarihinde Irak'taki bir Türk askeri noktasına, bir PKK silahlı insansız hava aracı tarafından gerçekleştirilen saldırının terör olarak sınıflandırılması, PKK ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki silahlı çatışma bağlamında gerçekleştiği gerekçesiyle reddedilemez.

2. Başvurana isnat edilen eylemlerden bazıları tarafından güdülen amaçların terörist niteliğine ilişkin itiraz

- 120 Esas olarak, Konsey itiraz edilen tedbirleri 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara uygulayamadığı için cezai suçların ve cezaların meşruiyet ilkesinin ihlal edilmesini öne süren şikâyet, en başta reddedilmelidir. Sonuç olarak cezai veya idari bir ceza teşkil etmeyen 2001/931 sayılı Ortak Tutum tarafından belirlenen fonların dondurulmasının tamamen önlem içeren niteliği ışığında (bkz.7 Aralık 2010 tarihli karar, Fahas v Konsey, T-49/07, EU:T:2010:499, para.67 ve 68 ve alıntılanan içtihat), "işlendiği anda ulusal ve uluslararası hukuka göre cezai bir suç teşkil etmeyen ... herhangi bir eylem nedeniyle kimse herhangi bir cezai suçtan dolayı suçlu bulunmayacaktır." ifadesini belirten Sözleşmenin 49(1) maddesinin ilk cümlesinde yer verilen AB hukuku genel ilkesi, mevcut davada uygulanabilir değildir (bkz.kıyas yoluyla, 27 Şubat 2014 tarihli karar, Ezz ve diğerleri v Konsey, T 256/11, EU:T:2014:93, para.70-81).
- 121 Ek olarak, Birleşik Krallık makamları tarafından atıfta bulunulan birtakım eylemlerin, o Devletin mevzuatı bağlamında suçların tanımıyla eşleşmediğini öne süren şikâyet, hükümsüz olarak reddedilmelidir. Terörle mücadeleyle ilişkin Üye Devletler ve Konsey arasında kurulan spesifik işbirliği şekli ve Konsey'in kararının dayandırıldığı yetkili ulusal makam tarafından yapılan değerlendirmeye Konsey'in olabildiğince uyma zorunluluğundan, ulusal hukuk kuralları ışığında elde edilen fiili delilin sınıflandırılması bakımından o makama uyması da gerekli olduğu anlaşılmaktadır. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesindeki gereklilik "ulusal hukuka göre suç olarak tanımlandırıldığı" şeklinde belirtilse de, bu sınıflandırma katı ulusal alanın kapsamına girmektedir ve uygulandığında, Ortak Tutum'un uygulanmasından bağımsızdır.

- 122 Terör eylemi kavramını tanımlamak amacıyla PKK'ya isnat edilen eylemlerden bazılarıyla 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinde yer verilen kriterlerin benzeşmesine ilişkin itiraz konusunda ise; başlangıç noktası olarak, başvuranın iddia ettiğinin aksine, aşağıda incelenen ve mevcut itirazı destekler nitelikte olarak sunulan eleştirilerden, terör eylemi sınıflandırmasına itiraz edilen olaylar bakımından, başvuranın itirazını destekler nitelikte argümanlar öne sürecek yeterli bilgiye sahip olduğunun bariz olması dikkate alınmalıdır. 22 Nisan 2021 tarihli Konsey v PKK (C 46/19 P, EU:C:2021:316, para.62 ve 80) Adalet Divanı'nın kararında yer verdiği tespitten de; söz konusu kararda incelenen tedbirlerin dayandırıldığı, itiraz edilen tedbirlerde tekrarlanan ve hatta bu tedbirlerin bazılarında eklenen olayların anlatımı, Ağustos 2014'te meydana gelen olayla ilgili olduğu kadarıyla yeterince gerekçelendirildiği; bu nedenle, başvuranın, ilgili olayların terörist sınıflandırmasına itirazını destekler nitelikte argümanlar ileri sürmek için yeterli bilgiye sahip olduğu çıkarılabilir.
- 123 Ardından, başvuran tarafından güdülen amaçların terörist niteliğinin, yalnızca Konsey tarafından atıfta bulunan eylemlerin bazıları bakımından tartışılmasına bakılmaksızın, bu itirazların Konsey'in değerlendirmelerinin yerindeliğini sorgulamayı mümkün kılmadığı değerlendirilebilmektedir.
- 124 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ilk bendinin (iii) hususunun (a) kısmından (k) kısmına kadar atıfta bulunan her bir eylem türünün, terör eylemi niteliğinde olmasının mümkün olduğunun altı çizilmelidir. Bir eylemin "terör" eylemi olarak sınıflandırılması için o hükümde belirtilen 11 ögeye bir arada sahip olmasına gerek yoktur.
- 125 Burdan, başvuranın iddia ettiği gibi, örgüte atfedilen eylemlerin bir kısmının ölüme neden olmaması (alt madde (a)), silah kullanımını içermemesi (alt madde (f)), kapsamlı yıkıma neden olmaması (alt nokta (d)) veya adam kaçırmaya yol açmaması (alt nokta (c)), yersiz olduğu sonucuna varılıyor, bunun nedeniyse ilk olarak, bu eylemlerin madde 1(3)'ün birinci alt paragrafının (iii)(a) ila (k) bendinde atıfta bulunan diğer terörist hedefleri izleyip izlemediği ve ikinci olarak, atıfta bulunanlar arasındaki diğer eylemlerin bu amaçlardan birini veya diğerini hedeflediği tartışma konusu olmamasıdır.
- 126 Özellikle, Birleşik Krallık yetkilileri tarafından 2001 yılında atıfta bulunan eylemlerle ilgili olarak, Konsey'in, itiraz edilen tedbirlerin gerekçe beyanlarında (neden beyanlarına ilişkin Ek A'nın 17. maddesi) bunları aşağıdaki şekilde belirttiği hatırlanmalıdır:
- 1990'ların başında aralarında birkaç İngiliz vatandaşının da bulunduğu çok sayıda Batılı turistlerin kaçıırılması;
 - 1993/1994'te bir rafineriye yapılan saldırı;
 - 1993 ve 1994 yılları arasında, bir İngiliz vatandaşı da dahil olmak üzere yabancı turistlerin ölümüne yol açan turizm merkezlerine yönelik saldırı kampanyası;
 - 1995 ve 1999 yılları arasında, Türk tatil yerlerine yönelik saldırı tehditleri.

- 127 Bu nedenle, başvuranın iddia ettiği gibi, 1993/1994'te gerçekleştirilen rafineriye yapılan saldırının 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin birinci fıkrasının (iii)(d) bendine göre insan hayatını tehlikeye attığı tespit edilmemiş olsa bile, gerçek şu ki Başvuran, ne söz konusu hükümde atıfta bulunulan, neden olunan kapsamlı tahribat ne de söz konusu yıkımın olası iki alternatif sonucundan biri olarak bu tür bir imhanın (yukarıda sözü edilen önemli ekonomik kayıplar ve insan yaşamının tehlikeye atılması) kaçınılmaz sonucu konusunda itirazda bulunmamıştır. Aynı şekilde, rafineriye yapılan saldırı başvurana atfedilemese dahi, Birleşik Krallık yetkililerinin 2001 yılında meydana gelen diğer eylemlere atıfta bulduklarını belirtmek gerekir (bkz.yukarıdaki para.126). Bu eylemler bakımından başvuran, katılımına veya insan hayatına yönelik saldırıları içeren terör hedeflerine itiraz etmemektedir.
- 128 Ayrıca, Birleşik Krallık hukukundaki terör eylemleri tanımı ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinde belirtilen tanım arasındaki farklılıklar nedeniyle, başvuranın söz konusu eylemlerin terörist eylemi olarak sınıflandırılmasına itiraz eden iddiaları reddedilmelidir. Söz konusu ulusal mevzuat, yani 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörizm Yasası, terör eylemlerini, hem izlenen "amaçlara" göre, hem de bu amaçlara yönelik kullanılan araçlara göre tanımlayarak, bu Ortak Tutum'da yer alan aynı iki katmanlı terör eylemi tanımını uygular ve hem bu "amaçlar", hem de bu araçlar büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu nedenle, ağırlık kriterinin Birleşik Krallık mevzuatı kapsamında kullanılan araçlara (örneğin, ağır şiddete, ağır hasara atıfta bulunmak) ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'daki "hedeflere" (örneğin, bir nüfusu ciddi şekilde sindirmeye, ciddi şekilde istikrarsızlaştırmaya veya yok etmeye atıfta bulunmak) ekli olmasının bir önemi yoktur.
- 129 2014 yılında Birleşik Krallık makamları tarafından dayanılan yasalara gelince, bütünlük adına, (bkz.yukarıdaki para.101 ve 102), Ağustos 2014'te termik santrale düzenlenen saldırıyla ilgili olarak, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesi, birinci alt paragrafının (iii)(h) bendinde "etkisi insan yaşamını tehlikeye atacak şekilde su, elektrik veya diğer temel doğal kaynakların arzına müdahale veya bunların kesintiye uğratmak" olarak tanımlanan terörist amaç için 'müdahale' teriminde, henüz faaliyette olmayan tesisler de söz konusu olabileceğine de dikkat edilmelidir. Kabul edilen "kesme" eyleminden a fortiori daha da güçlü bir gerekçe olarak "müdahale etme" eylemi genellikle, bir tesisatın programlanan tarihte hizmete girmesi durumunda malzemelerin elde edilmesinde ortaya çıkabilecek herhangi bir güçlüğü ifade eder. Bu nedenle, 2014 yılında PKK tarafından saldırıya uğrayan termik santralin söz konusu saldırı sırasında henüz hizmete girmemiş olması - ki bu saldırı ayrıca başvuran tarafından reddedilmemektedir - 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesi, birinci alt paragrafının (iii)(h) bendinde atıfta bulunulan terör amacının varlığını engellemez.
- 130 Sonuç olarak, yukarıdaki 96. paragrafta formüle edildiği şekliyle, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ihlal edildiğini iddia eden itiraz reddedilmelidir.

D. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesinin ihlal edildiğini iddia eden dördüncü itiraz

- 131 Hatırlanmalıdır ki, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesine göre yürütülen bir inceleme bağlamında, Konsey, ilgili kişi veya kuruluşun, listeye ilk girişini haklı çıkaran terör faaliyetlerine karışma riskinin devam ettiği sonucuna varırsa, ilgili kişi veya kuruluşun adını, fonların dondurulmasına ilişkin bir listede tutabilir. Bu liste bu nedenle temelde, ilgili kişinin veya kuruluşun o listedeki ilk girişinin bir uzantısı olarak kalmasını sağlar. Bu amaçla, Konsey'in, ilk girişten bu yana fiili durumun, söz konusu kişi veya kuruluşun terör faaliyetlerine karışmasıyla ilgili olarak aynı sonuca varmanın artık mümkün olmayacak şekilde değişip değişmediğini doğrulaması gerekmektedir (bkz.26 Temmuz 2017 tarihli kararlar, Konsey v LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583, para.46 ve 51 ve alıntılanan içtihat; 20 Haziran 2019, K.P., C458/19, EU:C:2019:522, para.43 ve 22 Nisan 2021, Konsey v PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.49).
- 132 İlgili kişi veya kuruluşun terör faaliyetlerine karışma riskinin devam edip etmediğini doğrulama sürecinde, o kişi veya kuruluşun fonlarının dondurulmasına ilişkin listelere ilk girişinin temelini oluşturan ulusal kararın sonraki akibeti usulüne uygun olarak dikkate alınmalıdır, özellikle yeni gerçekler veya bilgi ve belgelerin veya yetkili ulusal makamın değerlendirmesindeki herhangi bir değişikliğin sonucu olarak söz konusu ulusal kararın yürürlükten kaldırılması veya geri çekilmesi (26 Temmuz 2017 tarihli karar, Konsey v LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583, para.52 ve 22 Nisan 2021, Konsey v PKK, C46/19 P, AB:C:2021:316, para.50).
- 133 Ek olarak, listeye ilk giriş için temel teşkil eden ulusal kararın halen yürürlükte olması, zamanın geçişi ve dava koşullarındaki değişikliklerin ışığında, ilgili kişi veya kuruluşun terör faaliyetlerine karışma riskinin devam ettiği sonucunu desteklemek için artık yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda, özellikle listeye ilk girişin temelini oluşturan ulusal kararın yetkili makam tarafından incelenmediği durumlarda, Konsey'in fonların dondurulmasına ilişkin listelerdeki o kişi veya kuruluşun tutulmasını güncel bir durum değerlendirmesine dayandırması ve bu riskin hala var olduğunu gösteren daha yeni gerekçeleri dikkate alması gerekir (bkz.26 Temmuz 2017 tarihli, Konsey v LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583, para.52, 62 ve 72; 26 Temmuz 2017, Konsey v Hamas, C79/15 P, EU:C:2017:584, para.40 ve 50; 20 Haziran 2019, K.P., C458/15, EU:C:2019:522, para.52, 60 ve 61; ve 22 Nisan 2021, Konsey v PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.51).
- 134 Avrupa Birliği Mahkemeleri, böylece, Konsey'in, söz konusu süre boyunca koşullardaki herhangi bir değişikliğe zorunlu olarak atıfta bulunmaksızın, zamanın geçişine dayalı olarak güncelleme yapma yükümlülüğünü teyit edebilmiş (26 Temmuz 2017 tarihli karar, Konsey - Hamas, C79) / 15 P, EU:C:2017:584, paras 32 ve 33), hatta bazen söz konusu sürenin "kendi içinde" bu güncellemeyi haklı çıkaran bir faktör

oluşturduğunu belirtmiştir (24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE - Konsey, T160/ 19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.176). Önemli bir sürenin geçmiş olması, bir riskin devam edip etmediğini ve dolayısıyla riskin zaman içindeki gelişimini değerlendirme meselesi olduğundan, Konsey'in değerlendirmesinin güncellenmesini haklı çıkarmak için yeterli olabilir. Benzer şekilde, koşullarda önemli bir değişikliğe işaret eden bir olayı, bu değişiklik listeyi sürdürme tedbirinin kabul edilmesinden sadece birkaç ay sonra gerçekleşmiş olsa bile, göz ardı etmek zordur.

- 135 Bunun, zamanın geçmesi veya davanın koşullarındaki değişiklikler tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, Konsey, yalnızca yetkili makamlar tarafından kabul edilen ulusal kararlardan değil, aynı zamanda diğer kaynaklardan ve dolayısıyla kendi değerlendirmelerinden alınan son materyallere güvenebilir (bkz.26 Temmuz 2017 tarihli Konsey - LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583, para.52, 62 ve 72; 26 Temmuz 2017, Konsey - Hamas, C79/15 P), EU:C:2017:584, para.40 ve 50; 20 Haziran 2019, K.P., C458/15, EU:C:2019:522, para.52, 60 ve 61; ve 22 Nisan 2021, Konsey - PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.51).
- 136 Bu bağlamda ayrıca şunu da hatırlatmak gerekir ki, durumun güncellenmiş değerlendirmesiyle ilgili daha yeni materyallerle ilgili olarak, ulusal kararlardan veya diğer kaynaklardan alınmış olsun, Avrupa Birliği Mahkemelerinin, ilk olarak, TFEU'nun 296. maddesinde belirtilen sebep belirtme yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı ve bu nedenle, dayanılan nedenlerin yeterince ayrıntılı ve spesifik olup olmadığı ve, ikinci olarak, bu mahkemelerin, bu nedenlerin maddi yasallığının incelenmesinin bir parçası olarak, bu eylemlerin yeterince sağlam olgusal temellere sahip olmasını sağlamasını gerektiren bu nedenlerin kanıtlanıp kanıtlanmadığı ve fonların dondurulmasına ilişkin listelerde tutulmasını destekleyen gerekçeler beyanında iddia edilen gerçekleri doğrulamaları istenmektedir (bkz.diğerlerinin yanı sıra, 18 Temmuz 2013 tarihli kararlar, Komisyon ve Diğerleri v Kadi, C584/10 P, C593/10 P ve C595/10 P, EU:C:2013:518, para.118 ve 119; of 26 Temmuz 2017, Konsey - LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583, para.70 ve 22 Nisan 2021, Konsey - PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.52).
- 137 Yargısal incelemenin amaçları doğrultusunda, söz konusu fonların dondurulmasına ilişkin listede isminin tutulmasına itiraz davasında ilgili kişi veya kuruluş, Konsey'in terör faaliyetlerine karışma riskinin devam ettiğini göstermek için dayandığı tüm materyallere, söz konusu materyalin yetkili bir makam tarafından alınan ulusal bir karardan mı yoksa başka kaynaklardan mı kaynaklandığına bakılmaksızın itiraz edebilir. İtiraz durumunda, ortaya konulan olgusal bulguların sağlam temellere dayandığını tespit etmek Konsey'e ve ilgili olguların asılsız olup olmadığına karar vermek Avrupa Birliği Mahkemelerine aittir (bkz.26 Temmuz 2017 tarihli Konsey - LTTE, C599/14 P, EU:C:2017:583 kararları, para.71 ve alıntılanan içtihat ve 22 Nisan 2021, Konsey - PKK, C46/19 P, AB: C:2021:316, para.53) Bu makamların kararlarının özel kanıtlayıcı değere sahip olduğu ve bu bağlamda, Konsey ile Üye Devletler arasında

2001/931 sayılı Ortak Tutum ile kurulan özel işbirliği sistemi ve bunun sonucunda Konye'nin ulusal makamlar tarafından yürütülen değerlendirmeye mümkün olduğunca güvenme yükümlülüğü göz önüne alındığında, ve bu nedenle, Konye tarafından gerçeklerin tespitini ve bu gerçeklerin daha önce yetkili ulusal makamlar tarafından tespit edilmiş oldukları durumlarda, Avrupa Birliği Mahkemeleri tarafından doğrulanmasını kolaylaştırdıkları vurgulanmalıdır.

- 138 Mahkeme, bu değerlendirmeler ışığında, itiraz edilen birinci, ikinci ve üçüncü tedbir dizisinde itiraz edilen tedbirleri birbirinden ayırarak, bunlara eşlik eden gerekçe beyanlarında Konye'nin değerlendirmesinin güncellenmesiyle bağlantılı olarak dikkate alınan materyali göz önünde tutarak, itiraz edilen tedbirlerin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesinin gerekliliklerine uygun olarak kabul edilip edilmediğini incelemelidir.
- 139 İtiraz edilen ilk tedbir dizisinde (bkz.yukarıdaki para.9), dikkate alınması gereken yetkili makamların en son ulusal kararları - bu örnekte İçişleri Bakanlığı - 2014 ve 2020 yılına aittir.
- 140 İçişleri Bakanlığı, 2014 kararında;
- Mayıs 2014'te yeni bir ileri düzey askeri karakolun şantiyesine düzenlenen ve iki askerin yaralandığı saldırı;
 - Ağustos 2014'te bir termik santrale yapılan saldırı ve üç Çinli mühendisin kaçırılmasını (gerekçe beyanlarına ilişkin Ek A'nın 18. maddesi);
 - PKK'nın Ekim 2014'te, Türkiye Cumhuriyeti'nin IŞİD'e müdahale edip harekete geçmemesi halinde Türkiye Cumhuriyeti ile barış görüşmelerinin kesileceğini duyurmasını (gerekçe beyanlarına ilişkin Ek A'nın 19. maddesi) dayanak göstermiştir.
- 141 Bu bağlamda, İçişleri Bakanlığı'nın 2014 tarihli kararının, 2001 tarihli kararı kabul eden aynı makam tarafından kabul edildiğinden, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin anlamı dâhilinde yetkili bir makam tarafından kabul edildiği vurgulanmalıdır (bkz.yukarıdaki para.67). Bu nedenle, Konye'nin fonların dondurulmasına ilişkin listelerde bir oluşumun adını muhafaza etmesi için yetkili ulusal makamların kararlarından alınan materyallere dayanması gerekmeseydi de (bkz.yukarıdaki para.135), alıkoyma amacıyla bu tür kararlara dayanmıyorsa, bu tür kararlardan alınan materyalin özel ispat değerine sahip olduğu kabul edilmelidir (bkz. yukarıdaki para.137).
- 142 Ayrıca, Adalet Divanı'nın 22 Nisan 2021 tarihli Konye/PKK (C 46/19 P, EU:C:2021:316) kararında, Ağustos 2014'teki saldırıya yapılan atfın, bu kararda ve itiraz edilen ilk tedbir dizisinde itiraz edilen eylemlerde aynı olduğuna, yeterince gerekçelendirilmediğine, ancak bunun aksine, Mayıs ve Ekim 2014 saldırılarına yapılan atıfların yeterince gerekçelendirildiğine (bu karar, para.78 ila 80) karar verdiği unutulmamalıdır.

- 143 Başvuranın Mayıs 2014 saldırısının bir terör eylemi olarak sınıflandırılmasına (bkz.yukarıdaki para.119) itiraz etme iddialarının reddedilmesi ışığında ve başvuranın itiraz ettiği barış görüşmelerinin çöküşünün nitelendirilmesinden bağımsız olarak, Konsey, her halükarda, PKK'nın bu saldırı tarihine, yani 13 Mayıs 2014 tarihine kadar terör eylemlerine karıştığı konusunda geçerli bir sonuca varmıştır.
- 144 Ayrıca, başvuranın 2014 kararının dikkate alınamayacağı iddiasına ilişkin olarak, yanıt verdiği yasaklama başvurusu PKK'dan gelmediği için, listelere ilk giriş için temel teşkil eden ulusal kararın müteakip kaderinin usulüne uygun olarak dikkate alınması gerektiği ve bu bağlamda önemli olanın olası iptal veya geri çekilme veya, tersine, yeni gerçekler veya materyallerin veya yetkili ulusal makamın değerlendirmesindeki herhangi bir değişikliğin sonucu olarak söz konusu ulusal kararın olası teyidi (bu konuyla ilgili olarak bkz. 26 Temmuz 2017 tarihli ve C 599/14 P, EU:C:2017:583 sayılı Konsey / LTTE kararı, para.52 ve 26 Temmuz 2017 tarihli ve C 79/15 P, EU:C:2017:584 sayılı Konsey / Hamas kararı, para.30) olduğu açıkça görülmektedir. Konsey'in gerekçe beyanlarında (Ek A'nın 13. maddesi), PKK'nın yasaklamanın kaldırılması için üç kez (2001, 2009 ve 2014 yıllarında) başarısız bir şekilde başvurduğunu belirttiğine de ayrıca dikkat edilebilir. Buradan, özellikle 2014 yılında yetkili makamın, başvurusunu desteklemek için PKK tarafından öne sürülen argüman ve delillere sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Her halükarda, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesinin gerektirdiği güncelleme, Konsey'i yalnızca yetkili makamlar tarafından kabul edilen ulusal kararlardan çıkarılan son materyallere dayanmaya zorlamadığından (bkz.yukarıdaki para.135 ve aşağıdaki para.148), 2014 kararının kabul edilmesinin koşullarının, anılan kararın yetkili bir makamın ulusal bir kararı olarak kabul edilmesini engellediği iddiaları, mevcut davada belirleyici değildir.
- 145 Ancak başvuranın haklı olarak ifade ettiği gibi, İçişleri Bakanlığı'nın 2020 tarihli kararı, TAK'ı terör örgütü olarak ilan ettiği ve söz konusu AB listelerinde ayrı olarak atıfta bulunduğu için Konsey tarafından PKK'dan ayrı bir örgüt olarak görüldüğünden dikkate alınamaz.
- 146 İtiraz edilen ilk tedbir dizisinde, Konsey ayrıca haklı olarak Haziran 2017'de Amerika Birleşik Devletleri makamlarının dayandığı bir olaya dayanmıştır. Bu, güneydeki Hakkâri ilinde (Türkiye) bir Türk askeri aracına patlayıcı düzenekle yapılan ve bir Türk askerinin öldürüldüğü saldırı olayıdır (gerekçe beyanlarına ilişkin Ek C'nin 16. maddesinin son satırı). Bu saldırı, ABD makamlarının 2019 idari dosyasında yer almış gibi sunulmaktadır. Bu bilginin kaynağından, yani Reuters haber ajansından, alıntı yapılmıştır.
- 147 Başvuranın bu saldırının gerçekliğine itiraz etmediği veya bu saldırının faili olduğu, yalnızca 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin anlamı dâhilinde bir terör eylemi olarak sınıflandırılmasını söz konusu eylemin PKK ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki silahlı çatışmanın bir parçasını oluşturduğuna dair alakasız bir gerekçeyle

(bkz. yukarıdaki para.118 ve 119) reddettiği belirtilmelidir. İtiraz edilen ilk tedbir dizisindeki bu saldırıya yapılan atıf, ayrıca yeterince gerekçelendirilmiştir (bkz. aşağıdaki para.195).

- 148 Ayrıca, dava konusu listelerde tutulmak amacıyla dayandırıldığı iddia edilen terör eylemlerinin - başvuran ne bu eylemlerin doğruluğuna ne de PKK'ya atfedilmesine itiraz etmektedir - 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un anlamı dâhilinde yetkili bir makam olarak sınıflandırılmayan bir makam tarafından tespit edilmesinin, Konsey'in, teröre katılım riskine ilişkin incelemesi bağlamında meşru olarak bu tür eylemlere dayanmasını engellemeyeceğini belirtmek gerekir. Konsey, bir oluşumu listeleme gerekçelerini incelerken, yetkili bir makamın 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesi kapsamındaki kriterleri karşılayan bir kararında yer alan bulgulara dayanmak zorunda değildir (bkz.4 Eylül 2019 tarihli ve T 308/18, EU:T:2019:557 sayılı Hamas / Konsey kararı, para.150 ve 24 Kasım 2021 tarihli, yayınlanmamış ve T 160/19, EU:T:2021:817 sayılı LTTE / Konsey kararı, para.143). Bu nedenle, yukarıdaki 94. paragraftan da anlaşılacağı gibi, Amerika Birleşik Devletleri makamlarının yetkili bir makam olarak sınıflandırılmasının reddedilmesi mevcut davada belirleyici değildir.
- 149 İtiraz edilen ilk tedbir dizisinde dikkate alınan en son olaylar - bu olayların terör eylemi olarak sınıflandırılmasına ayrıca geçerli bir şekilde itiraz edilmemiştir (bkz.yukarıdaki para.119 ve 147) - dolayısıyla Mayıs 2014 ve Haziran 2017'ye kadar uzanmaktadır.
- 150 İtiraz edilen ikinci tedbir dizisine ilişkin olarak (bkz.yukarıdaki para.10), önceki nedenlere ek olarak beraberindeki gerekçe beyanları, Konsey'in daha önce bahsedilen ve bir termik santrale yapılan saldırıyı ve üç Çinli mühendisin kaçırılmasını içeren 24 Ağustos 2014 olayını daha ayrıntılı olarak incelediğini göstermiş, söz konusu olayın PKK'ya atfedilebileceğini ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin anlamı dâhilinde bir terör eylemi olarak sınıflandırılabilirliği sonucuna varmıştır.
- 151 İlgili ayrıntıların olmaması nedeniyle gerekçelendirmenin yetersiz olduğunu tespit eden 22 Nisan 2021 tarihli Konsey/PKK (C 46/19 P, EU:C:2021:316, para.78) kararına cevaben, bu olayın tarihi ve yeri belirtilmiş olduğundan, gerekçe gösterme yükümlülüğünün yerine getirildiği düşünülebilir (ayrıca bkz.aşağıdaki para.179), ve (ii) Çinli mühendislerin kaçırılmasının, Çin ve Batı basınında yer alan ve Konsey tarafından başvurana iletilen çok sayıda makalenin yanı sıra Türkiye'deki Çin Büyükelçiliği'nin mühendislerin kaçırılıp daha sonra serbest bırakıldığını duyuran açıklamalarını içeren itiraz edilen ikinci tedbir dizisinin gerekçe beyanlarının ışığında tespit edildiği düşünülebilir.
- 152 İtiraz edilen ikinci tedbir dizisinde dikkate alınan en son olaylar - bu olayların terör eylemi olarak sınıflandırılmasına ayrıca geçerli bir şekilde itiraz edilmemiştir (bkz.yukarıdaki para.129 ve 147) - dolayısıyla Ağustos 2014 ve Haziran 2017'ye kadar uzanmaktadır.

- 153 İtiraz edilen üçüncü tedbir dizisine ilişkin olarak (bkz.yukarıdaki para.11), önceki nedenlere ek olarak, eşlik eden gerekçe beyanları, Konsey'in PKK'nın teröre katılım riskinin devam ettiğini gösteren bir terör eylemi olarak değerlendirdiği 20 Ağustos 2020'de Irak'taki bir Türk askeri karakoluna PKK'nın silahlı insansız hava aracı tarafından yapılan saldırıya atıfta bulunmaktadır.
- 154 Başvuran, bu olayın ne doğruluğuna ne de PKK'ya atfedilmesine itiraz etmektedir. Ayrıca, başvuranın kendisi tarafından değişiklik beyanına ek olarak sunulan bir belgeden, söz konusu insansız hava aracı saldırısının gerçekten gerçekleşmiş sayılabileceği ve PKK'ya atfedilebileceği dikkate alınabilir. Amerikan iş dünyası dergisi Forbes'in internet sitesinden alınan 27 Ağustos 2020 tarihinde yayınlanan bir yazıdan oluşan ilgili belge, o tarih ve o konumda yapılan saldırının sorumluluğunu üstlenen PKK tarafından yayınlandığı belirtilerek söz konusu saldırının bir videosunu anlatmaktadır. Bu bağlamda, gazetecilik kaynaklarının yerleşik içtihat tarafından, fonların dondurulmasına ilişkin listelerde tutulmayı haklı kılan gerçekleri ortaya koyabilecek nitelikte kabul edildiği hatırlanabilir (bkz.bu bağlamda, 26 Ekim 2016 tarihli Kaddour / Konsey kararı, T 155/15, yayınlanmamış, EU:T:2016:628, para.85 ila 88 ve 24 Kasım 2021 tarihli Al Zoubi / Konsey kararı, T 257/19, EU:T:2021:819, para.75 ila 80, yayınlanmamış). Ayrıca, başvuran tarafından değişiklik beyanına ek olarak sunulan makale, söz konusu saldırının olgusal doğruluğu ve atfedilmesi konusunda şüphe uyandıracak nitelikte değildir. Bunun nedeni makalenin esas olarak, Rusya'nın Ukrayna'yı işgaline karşı Ukraynalılar tarafından yapılan savunmalarda kullanılmaları nedeniyle Türk insansız hava araçlarının faydalandığı "itibara" meydan okumayı amaçlamasıdır.
- 155 Başvuranın söz konusu insansız hava aracı saldırısının PKK ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki silahlı çatışma bağlamında meydana geldiği gerekçesiyle terör eylemi olarak sınıflandırılmasına itirazına ilişkin olarak, silahlı çatışma bağlamının böyle bir sınıflandırmayı engellemediğini hatırlamak yeterlidir (bkz.yukarıdaki para.119). Ayrıca, saldırının tarihi ve yeri belirtildiğinden, itiraz edilen üçüncü tedbirler dizisinde bu saldırıya yapılan atıf yeterince gerekçelendirilmiştir.
- 156 İtiraz edilen üçüncü tedbir dizisinde doğru bir şekilde dikkate alınan en son olaylar - bu olayların terör eylemi olarak sınıflandırılmasına ayrıca geçerli bir şekilde itiraz edilmemiştir - dolayısıyla Haziran 2017 ve Ağustos 2020'ye kadar uzanmaktadır.
- 157 Konsey'in, sırasıyla Şubat ve Temmuz 2021 tarihli ihtilafli tedbirlerin birinci ve ikinci seti ile ilgili olarak Haziran 2017'ye kadar ve Şubat 2022 tarihli ihtilafli tedbirler setinin üçüncüsü ile ilgili olarak Ağustos 2020'ye kadarki PKK'nın terörist müdahale riskine ilişkin değerlendirmesini geçerli bir şekilde güncellediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, söz konusu olgular ve ihtilafli tedbirler arasında beş yıldan daha kısa bir "zaman mesafesi" olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Konsey'in bu gerçekleri dikkate almanın ötesinde değerlendirmesini güncellemeye devam etmesinin gerekmediği anlaşılmaktadır (bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE - Konsey, T-160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.208 ve alıntılanan içtihat).

- 158 Bu bulgu, başvuran tarafından terörist müdahale riskine ilişkin ek bir güncelleme gerektirdiği savunulan, koşullarda meydana geldiği iddia edilen değişiklikler açısından sorgulanmaz. Başvuran, özellikle, Konsey'in barış süreci ve bunun başarısızlığa uğraması, PKK'nın IŞİD'le mücadeledeki rolü ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kürt halkına baskı uygulamaya devam eden totaliter bir devlete dönüşmesiyle ilgili olarak sağladığı ve Mahkeme tarafından 15 Kasım 2018 tarihli PKK- Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) kararıyla da kabul edilen şartlardaki belirgin değişimi gösteren bu duruma ilişkin önemli bilgileri dikkate almadığını iddia etmektedir. Ayrıca Konsey'i, İngiltere'nin Avrupa Birliği'nden çekilmesini, yanlış bir şekilde, dikkate almamakla eleştirmektedir.
- 159 Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden çekilmesiyle ilgili olarak, bu, koşullardaki değişikliğin mevcut davada hiçbir önemi olmadığı bir değişikliktir, çünkü ilgili tek ulusal karar, İçişleri Bakanı'nın Şubat 2020'de, yani söz konusu çekilmeden sonra kabul ettiği bir karardır, ancak yukarıdaki 145. paragrafta belirtilen nedenlerle mevcut davada dikkate alınamaz (ayrıca, bkz. yukarıdaki para.65-66). Her halükarda, İçişleri Bakanının artık bir Üye Devlette kendisi tarafından alınan tüm kararlarla ilgili yetkili bir makam olmadığı kabul edilse bile, başvuranın isminin söz konusu listelerde yer almasına sebep olduğu belirtilen terör eylemlerinin -ne bu eylemlerin doğruluğu ne de başvurana atfedilmeleri başvuru sahibi tarafından tartışma götürmez- 2001/931 sayılı Ortak Tutum anlamında yetkili bir makam olarak sınıflandırılmayacak bir makam tarafından tespit edilmiş olması, Konsey'in teröre başvurma riskine ilişkin incelemesinde bu tür eylemleri meşru olarak esas almasını engellemez (bkz. yukarıdaki para.148).
- 160 15 Kasım 2018 tarihli PKK - Konsey (T- 316/14, EU:T:2018:788) kararında dikkate alınan ve başvuranın, savunmalarının anlaşmazlığın arka planını ortaya koyan kısmına ve bu savunmalara ek olarak sunulan ilgili kanıtlara atıfta bulunarak doğruladığı, koşullarda meydana geldiği iddia edilen diğer değişikliklere gelince; bunlar Konsey'in PKK'nın devam eden terörist müdahale riskine ilişkin değerlendirmesini güncellemeye devam etmesinin istenmesini haklı çıkarmaz.
- 161 Yalnızca 15 Kasım 2018 tarihli PKK v Konsey (T- 316/14, EU:T:2018:788) kararında atıfta bulunulan, PKK'nın bir barış sürecine dahil olduğu iddiası, başvuranın kendisinin de kabul ettiği gibi, 2015 yılında başarısızlıkla sonuçlanmıştır (bkz.yukarıdaki para.158), yani bu da; bu sürecin Konsey tarafından geçerli bir şekilde dikkate alınan en son terör eylemleri gerçekleşmeden önce sona erdiği anlamına gelir. PKK liderlerinin Mayıs 2019 ve Ekim 2020 tarihli açıklamalarına bakıldığında, ilkinde PKK'nın siyasi müzakerelere açık olduğu, çatışma kültürü ve fiziksel şiddet kullanımı yerine demokratik çözüm ihtiyacına işaret ettiği, ve ikincisinde, PKK'nın silahsızlanma anlaşması imzalama niyetinde olduğu belirtilmiştir, ancak bunlar tamamen tek taraflı ve varsayımsal kalmıştır. Başvuran, barış görüşmeleri açısından ve hatta Ağustos 2020'deki insansız hava aracı saldırısı ve Ekim 2020 tarihli beyanında geçen Türk

makamlarının savaşa devam etme arzusu ve PKK'yı "yok etme politikası" göz önüne alındığında silahsızlanma anlaşması imzalamanın zorluğuna işaret eden ifadeleri ile de teyit edildiği üzere, terör faaliyetlerinin durdurulması açısından kendilerine yönelik herhangi bir takipten bahsetmemektedir.

162 Başvuranın IŞİD'e karşı mücadeleye katılımı, PKK'nın Ekim 2014'te Türk yetkililere yaptığı ve Türkiye Cumhuriyeti'nin IŞİD'e müdahale etmemesi ve IŞİD'e karşı harekete geçmemesi halinde barış görüşmelerini kesmekle tehdit ettiği uyarısıyla aynı zamanda başlamıştır (bkz. yukarıdaki para.140). Bunu yaparken, bu katılım, PKK ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki gerilimin azalmadığını gösterir ve bu haliyle, PKK'nın Türkiye Cumhuriyeti ile çatışmasının ve her ne kadar belirli ulusal makamlar veya mahkemeler - özellikle Belçika mahkemeleri - kendi ulusal hukuk hükümleri ışığında başka türlü kararlar vermiş olsalar da, terör olarak kabul edilebilecek faaliyetlerinin sona erdiği anlamına gelmez (bkz.yukarıdaki para.118 ve 119). Dolayısıyla, bu olgudan, Konsey'in, ihtilafli tedbirlerde dikkate aldığı olguların ötesinde, PKK'nın terörist müdahale riskinin devam edip etmediğini kontrol etmesini gerektirecek bir değişiklik olduğu sonucu çıkarılamaz. Başvuran, koşullarda bir başka değişiklik olarak, Türk Devletinin Kürt halkına baskı yapan totaliter bir Devlete dönüştüğünü ve böylece PKK'nın Türk makamlarına karşı devam eden düşmanlığını gösterdiğini iddia ettiğinden, bu durum daha da fazlasıdır. Bu baskı, özünde PKK'nın Türkiye Cumhuriyeti ile arasındaki silahlı çatışmaya ilişkin argümanlarını desteklemek için de dayanak olarak gösterildiğinden, PKK adına barış sağlamayı içeren türde değişiklikleri yansıtmaktadır.

163 Yukarıda belirtilen tüm hususlardan, 2001/931 sayılı Ortak Tutum madde 1(6)'nın ihlal edildiği iddiasının, Konsey'in ABD ve Fransız makamlarının 2014 öncesi olaylara dayalı kararlarına verdiği desteği eleştiren argümanların incelenmesine gerek olmaksızın reddedilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

E. Orantılılık ilkesinin ihlali iddiasında bulunan beşinci itiraz

164 Başvuran, özellikle PKK tarafından Avrupa Birliği'ne karşı işlenen herhangi bir şiddet eyleminin olmaması ve söz konusu hükümde belirtilen ve her ikisi de PKK tarafından desteklenen demokrasinin pekiştirilmesi ve barışın korunması olan diğer hedeflere ulaşılmasını engellemesi nedeniyle, örgüt adının söz konusu listelerde tutulmasının, TEU madde 21(2) ve (3)'te yer alan değerlerin, temel çıkarların, güvenliğin, bağımsızlığın ve Avrupa Birliği bütünlüğünün korunması hedefinin bir parçasını oluşturan terörle mücadele amacını gerçekleştirilmenin uygunsuz bir yolu olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca, PKK'nın söz konusu listelerde tutulması, bunun Üye Devletlerde ve Türkiye'de PKK'nın siyasi faaliyetleri ve genel olarak Kürtler, özellikle de kadınlar açısından toplantı ve ifade özgürlüğü bağlamındaki yansımaları ve bu listelemenin görünüşteki belirsiz süresi göz önüne alındığında, orantısızdır.

- 165 Bu bağlamda, mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü veya toplanma hakkı da dâhil olmak üzere temel hakların AB hukuku kapsamında mutlak korumaya sahip olmadığı akılda tutulmalıdır. Bu hakların kullanılması, ilk olarak, bu kısıtlamaların Avrupa Birliği tarafından izlenen kamu yararına yönelik amaçlarla usulüne uygun olarak gerekçelendirilmesi ve ikinci olarak, bu amaçlarla ilgili olarak, bu hakların özüne zarar verir şekilde orantısız veya kabul edilemez bir müdahale oluşturmaması koşuluyla kısıtlanabilir (bkz.15 Kasım 2012 tarihli karar, Al-Aqsa - Koneş ve Hollanda - Al-Aqsa, C-539/10 P ve C-550/10 P, EU:C:2012): 711, para.121 ve alıntılanan içtihat).
- 166 Birinci şartla ilgili olarak, terör finansmanına karışan ve 2580/2001 sayılı Tüzük ve 2001/931 Ortak Tutum'da yer alan kurallara göre belirlenen kişi ve kuruluşların fonlarının, mali varlıklarının ve diğer ekonomik kaynaklarının dondurulması, TEU madde 21(2)(c) (bkz.15 Kasım 2012 tarihli karar, Al-Aqsa - Koneş ve Hollanda - Al-Aqsa, C-539/10 P ve C- 550/10 P, EU:C:2012:711, para.123 ve alıntılanan içtihat) anlamında uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden terör eylemleriyle mücadele için bir parçasını oluşturması nedeniyle, kamu yararı amacı gütmeye hususu yerleşik içtihatıdır, ve başvuranın yanlış bir şekilde iddia ettiği gibi, TEU madde 21(2)(a)'da belirtilen Avrupa Birliği'nin güvenliğini ve bütünlüğünü korumanın bir parçası değildir. Bu nedenle, yalnızca Avrupa Birliği'nin, Birlik vatandaşlarının çıkarlarına karşı veya Avrupa Birliği topraklarında işlenen terör eylemlerinin, fonların dondurulmasına ilişkin listelere alınmaya yol açabileceği düşünülemez.
- 167 İkinci koşula gelince, fonların dondurulmasına yönelik tedbirlerin, ilke olarak, orantısız, tahammül edilemez veya temel hakların geneli veya bazılarının özüne zarar verici olarak görülmediği belirtilmelidir.
- 168 Aslında, bu tür bir tedbir, terörle mücadele için demokratik bir toplumda gerekli olabilir (bkz. 23 Ekim 2008 tarihli karar, İran Halkın Mücahitleri Örgütü-Koneş, T-256/07, EU:T:2008: 461, para.129 ve alıntılanan içtihat). 2580/2001 sayılı Tüzükün 5. ve 6. maddelerinin, ilk olarak, temel ihtiyaçları karşılamak veya belirli taahhütleri yerine getirmek için dondurulmuş fonların kullanımına izin verme ve ikinci olarak, belirli durumlarda fonları, diğer mali varlıkları veya diğer ekonomik kaynakları çözmek için özel izin verme olasılığını sağladığı gerçeği göz önüne alındığında, fonları dondurma tedbirleri mutlak değildir (bkz.15 Kasım 2012 tarihli karar, Al-Aqsa - Koneş ve Hollanda-Al-Aqsa, C- 539/10 P ve C- 550/10 P, EU:C:2012:711, para.127 ve alıntılanan içtihat).
- 169 Bununla birlikte, fonların dondurulması kalıcı bir tedbir teşkil etmemektedir, çünkü 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesi uyarınca, fon dondurma listelerindeki şahıs ve oluşumların isimlerinin saklanmasına ilişkin faaliyetler, artık dahil edilme kriterlerini karşılamayan şahıs ve oluşumların bu listelerden çıkarılmasını sağlamak amacıyla periyodik olarak gözden geçirilir (15 Kasım 2012 tarihli karar, Al Aqsa v Council ve Netherlands v Al-Aqsa, C539/10 P ve C550/10 P, EU:C:2012:711, para.129).

- 170 Mevcut davada, itiraz edilen tedbirler kapsamında, diğer belirtilenlerin yanı sıra, başvuranın iddia ettiği koşullardaki değişiklikleri de dikkate alarak (bkz.yukarıdaki para.158-162), Konsey'in başvuranın terörle ilişkisine dair süregelen riske ilişkin incelemeyi uygun biçimde gerçekleştirdiğinin tespit edilmesi dolayısıyla ölçülülük ilkesinin gözetildiği düşünülebilir.
- 171 Söz konusu sonuç, dava konusu fonların dondurulması tedbirlerinin etkisiz olduğu ve dolayısıyla Kürtlere yönelik şiddeti önlemediği ve Kürt halkı ile Türk makamları arasındaki ihtilafın barışçıl ve demokratik bir şekilde çözülmesine yol açmamasından hareketle uygunsuz olduğu iddiasıyla sorgulanmamaktadır. İtiraz edilen tedbirlerin amacının bu olmadığı, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un tekrarlayan başlıklarından ve terörle mücadele amacına yapılan atıftan da anlaşılmaktadır ki söz konusu amaç, başvuran tarafından varlığına ve meşruiyetine itiraz edilmeyen ve bununla birlikte yukarıdaki 166. paragrafta atıfta bulunulan içtihat doğrultusunda da teyit edilen bir amaçtır.
- 172 Kürt halkı ve daha genel olarak onları desteklemek isteyen herhangi bir kişi üzerindeki iddia edilen etkiler de konuyla ilgisiz bulunmuştur. İtiraz edilen tedbirler münhasıran terörle mücadeleye atıfta bulunmakta ve PKK'dan sadece bu tedbirlerin eklerinde terör eylemlerinin bir katılımcısı olarak bahsedilmektedir. Bu nedenle, başvuran tarafından kendisiyle bağlantısı olmayan kişilere karşı itiraz konusu olan eylemler- örneğin toplanma ve ifade özgürlüğüne yönelik engeller- itiraz edilen tedbirlerin uygulanmadığı Üye Devletlerin yetkilileri veya Türk yetkililer tarafından kanıtlanmış olsa bile, söz konusu eylemler yalnızca PKK'ya ait fonların dondurulmasını öngören bu tedbirlerden kaynaklanıyor olarak değerlendirilememekte ve dolayısıyla ölçüsüz nitelikte olduklarına dair bir karara mahal vermemektedir.
- 173 Ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin itirazın reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

F. Gerekçe beyanı yükümlülüğünün ihlali iddiasında bulunan altıncı itiraz

- 174 Başvuran, esas itibarıyla, Konsey'in, "PKK" adı altında listelenen oluşumun "kavram-sallaştırmasını" yeterli düzeyde tanımlayamadığı; PKK'nın söz konusu terör eylemlerine karıştığını tespit edemediği; dayanak olarak sunduğu ulusal kararların neden 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin amaçları doğrultusunda alınmış kararlar olduğunu açıklayamadığı; ABD kararlarının dayandığı gerçek ve kesin unsurları belirtmediği; ulusal makamlar tarafından incelenen eylemlerin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesi kapsamında terör eylemi olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağını doğrulayamadığı; savunma haklarının ve etkin yargısal korunma hakkının ABD makamları veya Avrupa Birliği'nden çekilmesinden bu yana Birleşik Krallık makamları tarafından güvence altına alınıp alınmadığını doğrulayamadığı; 2001, 2006, 2014 ve 2020 tarihli Birleşik Krallık kararlarının, 1997 ve 2001

tarihli ABD kararlarının ve Fransa kararlarının, bilhassa aradan geçen süre dikkate alındığında, konuyla ilgisini ortaya koymakta yetersiz kaldığı; ve PKK ile ilgili 2019 tarihli ABD Dışişleri Bakanlığı idari dosyasına ilişkin yeterli açıklama sunmadığı için gerekçe beyanı yükümlülüğünü göz ardı ettiğini iddia etmektedir.

- 175 Yerleşik içtihat uyarınca, TFEU 296. maddesinin gerektirdiği gerekçe beyanının, tedbiri kabul eden kurum tarafından izlenen gerekçeyi, ilgili kişilerin tedbirin sağlama temellere dayanıp dayanmadığını değerlendirmek amacıyla tedbirin gerekçelerini tespit etmesine ve yargı yetkisine sahip mahkemenin denetim yetkisini kullanmasına imkân verecek şekilde açık ve net bir şekilde ortaya koyması gerektiği hatırlatılmalıdır (bkz.22 Nisan 2021 tarihli karar, Council v PKK, C46/19 P, EU: C:2021:316, para.47 ve atıfta bulunulan içtihat).
- 176 Bu nedenle, talep edilen gerekçe beyanı, söz konusu tedbire ve bu tedbirin kabul edildiği bağlama uygunluk teşkil etmelidir. Gerekçe beyanı ile karşılanması gereken gereklilikler, bilhassa söz konusu tedbirin içeriği, sunulan gerekçelerin niteliği ve tedbirin muhataplarının veya TFEU madde 263/4'ün amacı doğrultusunda tedbirin ilgilendirdiği diğer tarafların açıklama alma konusunda sahip olabilecekleri menfaatler olmak üzere, her bir davanın koşullarına bağlıdır. Bilhassa, gerekçenin ilgili tüm olgulara ve hukuki alanları kapsamaması veya aynı tedbirin kabul edilmesi öncesinde ilgili şahsa danışıldığında ortaya konan hususlara ayrıntılı bir cevap sunması gerekli görülmemektedir; çünkü gerekçe beyanının yeterli olup olmadığı sorusu, yalnızca ifade edilenler temelinde değil, aynı zamanda bağlamı ve söz konusu meseleyi düzenleyen tüm hukuki kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, bir şahsı olumsuz yönde etkileyen bir tedbir için sunulan gerekçelerin, söz konusu şahıs tarafından bilinen ve kendisini ilgilendiren tedbirin kapsamını anlamasını sağlayan bir bağlamda kabul edilmiş olması yeterlidir (bkz.22 Nisan 2021 tarihli karar, Council v PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.48 ve atıfta bulunulan içtihat).
- 177 Daha belirgin bir biçimde, bir kişi veya kuruluşun adının fonların dondurulmasına ilişkin bir listede tutulmasıyla ilgili olarak, Avrupa Birliği Mahkemelerinin, TFEU 296. maddesinde öngörülen gerekçe beyanı yükümlülüğüne uyulup uyulmadığını inceleyen, dayanan gerekçelerin yeterince ayrıntılı ve belirli olup olmadığını doğrulaması gerekmektedir (bkz.22 Nisan 2021 tarihli karar, Council v PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.52 ve 56 ile atıfta bulunulan içtihat).
- 178 Sonuç olarak, TFEU 296. maddesinde öngörülen gerekçe beyanı sunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, mevcut davada Konsey'in, başvuranın söz konusu listelerde isminin yer almasının nedenlerini tespit etmesini ve Mahkeme'nin inceleme yetkisini kullanmasını sağlayacak yeterince ayrıntılı ve belirli gerekçeler sunması gerekmektedir.
- 179 Mevcut davada, bir ön husus olarak, Adalet Divanı'nın 22 Nisan 2021 tarihli Council v PKK (C46/19 P, EU:C:2021:316, para.78) kararında, 2014 yılının Ağustos ayında bir

termik santrale gerçekleştirilen saldırı ve üç Çinli mühendisin kaçırılmasıyla ilgili olarak yeterli gerekçelerin sunulmadığı yönündeki tespitinin, itiraz edilen ikinci ve üçüncü tedbir dizilerinde giderildiği hatırlatılmalıdır (bkz.yukarıdaki para.151). Fonların dondurulmasına ilişkin listelerde tutulmayı gerekçelendiren söz konusu olgulara ilişkin olarak, gerekçe belirtme yükümlülüğüne uyum gösterilmesi, söz konusu eylemin niteliği, kesin tarihi (günü) ve işlendiği yerin doğruluğunu koşul olarak gerektirmektedir; bu bağlamda, kesin olarak bir şehir belirtilmesi gerekmediğinden ve dolayısıyla bir bölge veya il ismi verilebileceğinden, bazı yaklaşımlara izin verilmektedir (bkz.22 Nisan 2021 tarihli karar, Council v PKK, C46/19 P, EU:C:2021:316, para.61, 62 ve 78-80). İtiraz edilen ikinci ve üçüncü tedbir dizilerine ilişkin gerekçe beyanlarında, Adalet Divanı'nın eksik olduğunu belirttiği hususlar, başka bir deyişle söz konusu saldırının gerçekleştiği tam tarih (24 Ağustos 2014) ve gerçekleştiği yer (Silopi, Türkiye'nin güneydoğusu) açıklanmaktadır. Bu itibarla, itiraz edilen ikinci ve üçüncü tedbir dizilerinin, Birleşik Krallık makamları tarafından söz konusu saldırıya yapılan atıfla ilgili olarak yetersiz bir gerekçe beyanı nedeniyle hükümsüz kılınmadığı sonucuna varılmaktadır.

- 180 Bununla birlikte, bu şekilde yetersiz addedilen bir gerekçe beyanı, başvuranın herhangi bir itirazının bulunmadığı, ancak Genel Mahkeme tarafından duruşmada cevaplandırılmak üzere sorulan yazılı bir soru aracılığıyla taraflardan bu konudaki görüşlerini belirtmelerinin talep edilmesini takiben, itiraz edilen ilk tedbir dizisiyle ilgili olarak Mahkeme'nin kendi isteğiyle bulunmalıdır. İtiraz edilen ilk tedbir dizisi, Adalet Divanı tarafından yetersiz bir gerekçe beyanı olarak nitelendirilenler ile aynı terimlerle söz konusu olaya atıfta bulunmaktadır.
- 181 Başvuran tarafından ileri sürülen sekiz şikâyetle ilgili olarak, öncelikle, ABD makamlarının 1997 ve 2001 tarihli kararlarına ilişkin 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlal edildiği iddiasının onanması göz önünde bulundurulduğunda, ABD'nin bu kararlarına dayandırılmasına ilişkin şikâyetlerin incelenmesine gerek olmadığı belirtilmelidir.
- 182 Sonrasında, TFEU 296. maddesi ile getirilen gerekçe beyanı yükümlülüğünün, söz konusu tedbirin esasa ilişkin yasallığı ile ilgili olan gerekçenin sağlam temellere dayanıp dayanmadığı sorusundan ayırt edilmesi gereken temel usulî bir gereklilik olduğu unutulmamalıdır. Bir kararın gerekçesi, o kararın dayandığı gerekçelerin resmi bir ifadesinden oluşmaktadır. Söz konusu gerekçelerin hatalarla hükümsüz kılındığı durumlarda, bu hatalar kararın esasa ilişkin yasallığını bozmaktadır, ancak hatalı gerekçeler ortaya koysa dahi yeterli görülebilecek olan gerekçe beyanını geçersiz kılmamaktadır. Bu doğrultuda, bir tedbirin temelsiz olduğunu ortaya koymayı amaçlayan itiraz ve savunmalar, yetersiz bir gerekçe beyanı veya böyle bir beyanın bulunmadığını iddia eden bir savunma bağlamında konuyla ilgisiz olarak değerlendirilmektedir (bkz.18 Haziran 2015 tarihli Ipatau v Council kararı, C535/14 P, EU:C:2015:407, para.37 ve atıfta bulunulan içtihat; 30 Haziran 2016 tarihli Al Matri v Council kararı, T545/13,

yayınlanmamıştır, EU:T:2016:376, para.143). Bu bağlamda, Konsey tarafından yürütülen incelemenin yetersizliğinin, itiraz edilen tedbirin esastan yasallığını geçersiz kılan bir hata teşkil ettiği belirtilmelidir (bkz.2 Nisan 1998 tarihli karar, Commission v Sytraval and Brink's France, C367/95 P, EU:C:1998:154, para.72).

- 183 Mevcut davada, gerekçe beyanı yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiasını desteklemek üzere başvuran tarafından ileri sürülen birinci, ikinci, beşinci, altıncı ve yedinci şikâyetler, başvuran tarafından daha önceki maddi hata iddialarına yapılan atıftan da anlaşılacağı üzere, itiraz edilen tedbirlerin kabul edilmesi amacıyla Konsey tarafından gerçekleştirilen incelemenin kapsamına ve içeriğine eleştiri getirmektedir.
- 184 Bu nedenle, PKK'nın yetersiz teşhisini eleştiren birinci şikâyet, ilk itiraz kapsamında incelenirken, PKK'nın terör eylemlerine karıştığının tespit edilememesiyle ilgili ikinci şikâyet başvuranın atıfta bulunduğu 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 3, 4 ve 6. fıkralarının ihlalini ileri süren itirazlar kapsamında incelenmiştir.
- 185 Aynı şekilde, Konsey'in, ulusal makamların esas aldığı eylemlerin Ortak Tutum'da (2001/931 sayılı) belirtilen terör eylemleri tanımını karşıladığını temin etme yükümlülüğüne uygunluğu (beşinci şikâyet) 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 3. fıkrasının ihlalini iddia eden itiraza cevaben incelenmiştir. Savunma hakkı ve yargısal korunma hakkının ilgili makamlarca yeterli düzeyde garanti edilmesinin sağlanmasına gelince (altıncı şikâyet), bu 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 4. fıkrasının ihlalini iddia eden itiraza cevaben incelenmiştir.
- 186 Aynı durum 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 6. fıkrasının ihlalini iddia eden itiraz kapsamında incelenen Konsey'in dava konusu listelerin incelemesi ve bu bağlamda geçen süreyi ve ilk başvuruya temel oluşturanlardan sonra alınan ulusal kararları göz önünde bulundurması yükümlülüğü (yedinci şikâyet) için de geçerlidir. Bu bağlamda, herhangi bir Fransız kararının incelenmesi gerekli olmamıştır.
- 187 Gerekçe sunma yükümlülüğünün ihlalini iddia eden itiraz lehine öne sürülen üç şikâyete gelince, hiçbirinin sağlam bir dayanağı bulunmamaktadır.
- 188 İlk olarak başvuran, üçüncü şikâyetiyle Konsey'in esas aldığı ulusal kararları 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki kararlardan olduğunu açıklamayarak gerekçe sunma yükümlülüğünü göz ardı ettiğini iddia ediyor.
- 189 Mahkeme 24 Kasım 2021 tarihli LLTE ve Konsey kararında (T 160/19, yayımlanmamış, EU:T:2021:817, para.329 ve 330) esas aldığı ulusal kararların 2001/931 sayılı Ortak Tutum kapsamında yetkili makam kararı teşkil ettiğini açıklamanın Konsey'in sorumluluğu olmadığını ve Konsey'den önce gerçekleşen idari yargılama sırasında ilgili kişi veya oluşum tarafından sınıflandırmaya itiraz edildiği durumlarda, ki bu davadaki olay bu değil, Konsey'in bu bağlamda kabul ettiği tedbirlerin nedenlerini daha ayrıntılı açıklamak zorunda olduğunu hükmetmiştir.

- 190 Herhangi bir olay, itiraz edilen bir tedbir, “2001/931 sayılı Ortak Tutum’da tasarlanan yetkili ulusal makam için gerekliliklerin eşleştirilmesine” özellikle ayrılan bir kısım veya gerekçe beyanında, böyle bir uyuşmanın olduğuna karar vermek için bu Ortak Tutum’un 1. maddesinin 4. fıkrası ışığında mevcut davaya konu aynı ulusal yetkililerin kararlarını inceleme fırsatını hali hazırda bulan Mahkeme’nin içtihatlarına özellikle atıfta bulunarak Konsey böyle bir gerekçe beyanı sunmuştur.
- 191 Buna göre, mevcut davada yetersiz gerekçe beyanı olduğunu iddia eden üçüncü şikâyetin reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- 192 İkinci olarak, başvuran dördüncü ve sekizinci şikâyetiyle, Birleşik Devletler kararlarının dayandığı asıl ve kesin gerekçeleri belirtmeyerek ve itiraz edilen tedbirler için gerekçe beyanında atıfta bulunulan Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı’nın 2019 tarihli idari dosyasıyla ilgili yeterli açıklamalar getirmeyerek Konsey’in gerekçe sunma yükümlülüğünü göz ardı ettiğini iddia eder.
- 193 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1. maddesinin 4. fıkrasının ihlalini iddia eden itirazının onanmasını göz önünde tutarak, Birleşik Devletlerin 1997 ve 2001 tarihli kararları (bkz. yukarıdaki para.181) itibarıyla ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1. maddesinin 6. fıkrasının ihlalini iddia eden itirazın reddi Birleşik Devletler makamlarının 2019 yılı incelemelerinde (bkz.para.149, 152 ve 156) dayandığı 2017 yılındaki saldırıyı özellikle göz önünde bulundurmasına bağlı olmakla beraber bu saldırıya ilişkin gerekçe beyanının yeterli olup olmadığını teyit etmek uygundur.
- 194 Bu bağlamda, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1. maddesinin 6. fıkrası kapsamında göz önünde bulundurulardan ötürü yetkili bir makamca esas alınmamasının önemsiz olduğunun belirtilmesi gerekir. Ayrıca, başvuranın iddia ettiği üzere itiraz edilen tedbirlerdeki gerekçe beyanlarında saldırının 2019 tarihli Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı’nın idari dosyasının bir parçası olarak Birleşik Devletler makamlarının terörist belirlenmesini sağlamak için 2019 yılında aldığı karara dayanak teşkil etmesi konuyla alakasızdır.
- 195 Ek olarak, içtihat (bkz.para.179) için gerekli olan detaylar itiraz edilen tedbirler için gerekçe beyanında sunulur. Bahsi geçen detaylar söz konusu saldırının mahiyeti (Patlayıcı bir cihazla Türk askeri aracına saldırı), tarihi (23 Ekim 2017), yeri (Hakkâri’nin güneyi) ve kurbanlarıdır (Bir Türk askerinin ölümü).
- 196 İlk itiraz edilen tedbirlerdeki 2014 Ağustos ayındaki olaya atıfla ilgili olarak Mahkeme tarafından yukarıdaki 180. paragrafta belirtilen kendi talebiyle bulunan yeterli gerekçe sunamamanın dışında yukarıdaki 181. paragrafta belirtilen gerekçe sunma yükümlülüğünün ihlalini iddia eden itiraz reddedilmelidir.

G. Savunma haklarının ve etkin yargısal korunma hakkının ihlali iddiasında bulunan yedinci itiraz

- 197 Başvuran bu itirazı desteklemek için dört şikâyet sunar. İlk olarak, Konsey 18 Temmuz 2013 tarihli Komisyon ve diğerleri v Kadi (C 584/10 P, C 593/10 P ve C 595/10 P, EU:C:2013:518) kararında tanımlanan kritere uymayarak Birleşik Devletler makamlarının dayandığı delilleri başvurana sunamadı. İkinci olarak, savunma hakkı ve etkin yargısal korunma hakkının Birleşik Devletler, Birleşik Krallık ve Fransa makamlarınca yeterince garanti edilip edilmediğinin teyidine ilişkin başvurana bilgi vermedi. Üçüncü olarak Konsey, itiraz edilen tedbirlerin gerekçe beyanındaki inceleme ve delillere yeterince atıfta bulunulmamasıyla belgelendiği gibi başvuran tarafından sunulan temize çıkartan deliller ve incelemeler ışığında verilen gerekçelerin esasını inceleyemedi. Dördüncü olarak başvuran, Konsey'in 15 Kasım 2018 tarihli PKK ve Konsey (T 316/14, EU:T:2018:788) kararına uymayarak da savunma hakkını ve etkin yargısal korunma hakkını ihlal ettiği düşüncesinde.
- 198 İlk şikâyete ilişkin olarak, kısıtlayıcı tedbire tabi olan oluşumun, Konsey tarafından aleyhine ileri sürülen delillere ilişkin görüşünü gerektiği gibi ifade etmesine imkân verecek kadar kesin bilgilerin sunulduğu içtihat ve savunma hakkına riayet etme ilkesi, o kurumun dosyasındaki belgelere anında erişim izni vermek zorunda olduğu anlamına gelmez. Yalnızca ilgili tarafın talebi üzerine Konsey'in söz konusu önlemlerle ilgili tüm gizli olmayan resmi belgelere erişim sağlaması gerekir (bkz.24 Kasım 2021 tarihli karar, LTTE ve Konsey, T 160/19, yayınlanmamış, EU:T:2021:817, para.367 ve alıntılanan içtihat).
- 199 Ön bilgi olarak başvuranın, resmi notası duruşmanın ilk dakikalarında yapılan itiraz edilen tedbirlerden dolayı ilk şikâyetini Mahkeme'nin sorusuna cevaben geri çektiğinin altını çizmek gerekir.
- 200 İkinci ve üçüncü itiraz edilen tedbir dizileriyle ilgili olarak başvurana, kendisinin itirazda bulunmadığı tedbirlerle ilgili gerekçe beyanındaki dava konusu listede isminin bulunması için esas aldığı deliller konusunda yeterince kesin bilgi paylaşıldığı görülebilir.
- 201 İkinci olarak dava dosyasından ve başvuranın Mahkemenin sorularına karşı cevaplarından anlaşılabilirdiği üzere, başvuranın 15 Mart, 28 Mayıs ve 25 Kasım 2021 tarihlerindeki yazılarıyla ikinci ve üçüncü itiraz edilen tedbir dizilerinin kabulünden önce özellikle Konsey'in esas aldığı deliller olmak üzere söz konusu listelemeye ilişkin bütün evraklara erişim için Konsey'e birçok kez başvuruda bulunduğu açıktır. Konsey'in bu taleplere 30 Mart, 19 Mayıs, 20 Temmuz 2021 ve 4 Şubat 2022 tarihli yazılarla cevap verdiği de aşikârdır. Bilhassa Konsey, 2019'daki incelemeyi önce gerçekleştiren 2013 yılındaki inceleme sırasında Birleşik Devletler makamlarınca belirlenen olaylarla ilgili olan Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı'nın idari dosyasından veriler ve 2019 yılında Birleşik Devletler makamlarınca gerçekleştirilen incelemeyle ilgili Birleşik Devletler

Federal sicilindeki kamusal görüş ve ilgili verinin kaynağıyla ilgili bir linkle beraber 2017 yılındaki olaya dair Birleşik Devletler makamlarınca esas alınan tüm verilerin bulunduğu “açık kaynak raporundan” oluşan tasnif edilmemiş evrakı 30 Mart 2021 tarihli yazısının ekinde iletti. Ayrıca Konsey, başvuranın 25 Kasım 2021 tarihli talebine cevaben 4 Şubat 2022 tarihli yazısında, başvuranın bu talebine bir önceki yazılarıyla cevap verdiğini ve başvuranın isminin dava konusu listelerde bulunmasına ilişkin göz önünde bulundurulmuş etkenlerle ilgili evrakın ekte iletilmiş olduğunu belirtir.

- 202 Buna göre, Konsey’in Birleşik Devletler makamlarının dayandığı delilleri başvurana açıklamadığı yönündeki ilk şikâyet, itiraz edilen ikinci ve üçüncü tedbir dizisi bakımından reddedilmelidir.
- 203 İkinci şikâyete gelince, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık’ın kararlarıyla ilgili olarak, bu şikâyet, 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(4) maddesinin ihlal edildiği iddiasını desteklemek için dayanılan ve Konsey’in söz konusu kararların savunma hakları ve etkin yargısal korunma hakkına uygun olarak alınıp alınmadığını doğrulamadığı iddiasıyla yakından bağlantılıdır. Bu şikâyet Amerika Birleşik Devletleri kararlarıyla ilgili olarak onaylandığından (bkz.yukarıdaki para.94), mevcut şikâyet sonuç olarak, Konsey’i Amerika Birleşik Devletleri makamlarıyla ilgili doğrulamasından kaynaklanan ilgili bilgileri başvurana açıklamadığı için eleştirdiğinden onaylanmalıdır. Ancak, söz konusu şikâyet İçişleri Bakanlığı’nın kararlarıyla ilgili olarak reddedildiği için (bkz.yukarıdaki para.47, 65, 66 ve 95), mevcut şikâyet de bu kararlarla ilgili olduğu için reddedilmelidir.
- 204 Fransız kararlarına ilişkin olarak, bunlar dikkate alınmaksızın mevcut dava hakkında bir karar verilebileceğinden, söz konusu şikâyet hakkında karar verilmesine gerek yoktur (bkz. yukarıdaki para.163).
- 205 Başvuran tarafından sunulan gözlemlerin ve suçsuzluğu kanıtlayan delillerin incelenmemesine ilişkin üçüncü şikâyete gelince, bu şikâyet esasen Konsey’in 2001/931 sayılı Ortak Tutum’un 1(6) maddesinin gerektirdiği incelemeyi yapmadığını iddia eden ve reddedilen itirazdan ayrılamaz (bkz.yukarıdaki para.163).
- 206 Konsey’in 15 Kasım 2018 tarihli PKK/Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788), kararını dikkate almadığını iddia eden dördüncü şikâyetle ilgili olarak, öncelikle bu kararın 22 Nisan 2021 tarihli Konsey/PKK (C-46/19 P, EU:C:2021:316) kararıyla iptal edildiğini belirtmek gerekmektedir. İtiraz edilen ikinci ve üçüncü tedbir dizisi Adalet Divanı’nın kararı iptal eden kararından sonra kabul edildiğinden, söz konusu ihlal yalnızca birinci tedbir dizisiyle ilgilidir.
- 207 Daha sonra, TFEU madde 266’nın, faaliyetleri geçersiz sayılan bir kurumun, söz konusu faaliyeti iptal eden karara uymak için gerekli tedbirleri almasının isteneceğini öngördüğü hatırlanmalıdır. Bu yükümlülük, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü’nün 60. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ancak temyiz başvurusunda bulunma süresinin

sona ermesi veya temyiz başvurusunda bulunulması halinde temyiz başvurusunun reddedilmesi üzerine yürürlüğe giren tüzükleri iptal eden kararlardan farklı olarak, kararları iptal ettiği durumlarda mevcut davada olduğu gibi, 15 Kasım 2018 tarihli PKK/Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) kararıyla iptal edilen tedbirler çeşitli kararları içerdiğinden - bir tedbiri iptal eden kararın verildiği anda söz konusu kurumun yükümlülüğündedir (bkz.21 Şubat 2018 tarihli karar, Klyuyev/Konsey, T-731/15, EU:T:2018:90, para.259 ve 262 ile atıfta bulunulan içtihat).

- 208 Daha spesifik olarak, TFEU madde 266 kapsamında, bir tedbiri iptal eden bir yargı kararı sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırılık bulgusunun, iptal edilen tedbirin yerini alması amaçlanan yeni tedbirde, tedbiri kabul eden kurum tarafından ortadan kaldırılması gerekir. Ancak, bu gereklilik, belirli bir konudaki belirli bir içeriğe sahip bir hükümle ilgili olduğu ölçüde, söz konusu kurum için, hukuka aykırı olduğu tespit edilen hükümle aynı içeriğe sahip herhangi bir hükmün, hükmün iptaline ilişkin karardan sonra kabul edilecek yeni metinlerden çıkarılması da dâhil olmak üzere başka sonuçlar da doğurabilir (bkz.26 Nisan 1988 tarihli karar, Asteris ve Diğerleri/Komisyon, 97/86, 99/86, 193/86 ve 215/86, EU:C:1988:199, para.28 ve 29).
- 209 Dolayısıyla, itiraz edilen ilk tedbir dizisinin kabul edildiği tarihte, TFEU'nun madde 266 kapsamındaki yükümlülüklerine uymak için, başvuranın ismini dava konusu listelerde tutmak istiyorsa, Konsey'in 15 Kasım 2018 tarihli PKK/Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) kararının gerekçelerine uygun olarak yeniden listeleme tedbirini kabul etmesi gerekmektedir. Özellikle mevcut davada söz konusu olan ve etkileri belirli bir süreyle sınırlı olan tedbir türü ışığında Konsey'e böyle bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu, Konsey'in ilgili döneme ilişkin olarak iptal edilen tedbiri değiştirmesi gerekmediği anlamına gelmektedir (bkz.26 Nisan 1988 tarihli karar, Asteris ve Diğerleri/Komisyon, 97/86, 99/86, 193/86 ve 215/86, EU:C:1988:199, para.29). Ayrıca, 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesi kapsamında süregelen terörle mücadele riskinin gözden geçirilmesine ilişkin olarak, genellikle önceki tedbirlerde ortaya konan gerekçelerin gerektiğinde güncellenerek müteakip tedbirlerde yeniden düzenlenmesi ile nitelendirilmektedir. Bu yükümlülük olmaksızın, Avrupa Birliği Mahkemeleri tarafından verilen iptal kararı, hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınan gerekçelerin müteakip tedbirlerde tekrarlanmasını engellemeyecek (bkz.14 Mart 2017 tarihli karar, Bank Tejarat/Konsey, T 346/15, yayınlanmamış, EU:T:2017:164, para.31) ve böylece herhangi bir etkinlikten mahrum kalacaktır.
- 210 Mevcut davada Konsey, 15 Kasım 2018 tarihli PKK/Konsey (T 316/14, EU:T:2018:788) kararında ele alınan tedbirlere dayanak teşkil eden gerekçelerin aynısını, itiraz edilen ilk tedbir dizisinde de tekrarlamıştır. Kuşkusuz, Konsey bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Ancak, itiraz edilen kararların Mahkeme tarafından iptal edilmesinin etkileriyle ilgili olarak, bu temyiz askıya alma etkisi yoktur ve Konsey'in bu davada söz konusu tedbiri iptal eden kararın etkilerinin askıya alınmasını talep edebileceği bir başvuruyla birlikte sunulmamıştır. Konsey'in

nihai hükümden uygun sonuçlar çıkarmayı bu şekilde reddetmesi, davacıların yargısal kararların uygulanmasına duydukları güvenin sarsılması olasılığını doğurabilir.

- 211 Oysaki Konsey'in TFEU 266. maddesi'ndeki yükümlülükleri karşılamaadaki noksanlığı, mevcut davadaki itiraz edilen ilk tedbir dizisinin feshine mahal verememektedir. Yukarıdaki 206. Paragrafta da belirtildiği üzere, 15 Kasım 2018 tarihli PKK v Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) davası, 22 Nisan 2021 tarihli Konsey v PKK (C-46/19 P, EU:C:2021:316) davası tarafından feshedilmiştir. Mahkeme'nin gerçekleştirdiği feshin makale şamil niteliği göz önünde bulundurularak, anlaşmazlığa sebep olan ilk tedbir dizisinin meşruiyetine, 15 Kasım 2018 tarihli PKK v Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) (bkz.14 Nisan 2014 tarihli Üretim Desteği & Satın Alım Naft v Konsey, T-263/12, yayınlanmamış, EU:T:2014:228, para.37) davası özelinde verilen Konsey Kararı'nda belirtilen ihlale dayalı olarak itiraz edilemez. Dolayısıyla dördüncü isnat reddedilmelidir.
- 212 Bununla birlikte, dördüncü şikâyetin reddine rağmen, itiraz edilen ilk tedbir dizisinin kabul edildiği dönemde, Konsey'den 15 Kasım 2018 tarihli PKK v Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) kararında bulunan hukuka aykırılıklardan uygun sonuçlar çıkarması, gerekçede anılan hukuka aykırılıklar sebebiyle etkisiz kılınan gerekçeleri yinelemek kaydıyla beklenmiştir. Dolayısıyla başvuran, masrafların belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken, mevcut davayı getirmenin haklı kılınabilir olduğu zannına, kapılabilecektir.
- 213 Buna göre, mevcut talep yalnızca Konsey'in, Birleşik Devletler makamları tarafından savunma haklarına ve etkin yargısal korunma hakkına uyulduğunun teyidinde ilişkin bilgileri başvurana veremediği iddiası bakımından kabul edilmelidir.

H. Sonuç

- 214 Yukarıdaki açıklamalardan ışığında, mevcut dava reddedilmelidir. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlal edildiği iddiasında bulunan itirazların kısmen sağlam zemine oturduğu gerçeğinden hareketle, gerekçe beyan etme yükümlülüğünün, savunma ve etkili hukuki başvuru haklarının ihlal edilmiş olması, itiraz edilen tedbirlerin feshini gerekli kılmaz. Buna tekabül eden yasadışı faaliyetlerin, Birleşik Devletler Makamları'nın PKK'ya atfettiği 1997 ve 2001 yılındaki kararları veya Ağustos 2014 olayıyla bir ilgisi olup olmaması, Konsey'in PKK tarafından terörist faaliyetlerde bulunulmasına ilişkin süregelen risk ile ilgili olarak itiraz edilen tedbirlere ilişkin değerlendirmesinin sorgulanması anlamına gelmemektedir. Söz konusu risk ise, İçişleri Bakanlığı'nın 2001'deki direktifinin devam eden uygulanmasında ve duruma göre 2014, 2017 ve 2020'de meydana gelen diğer olaylara binaen, meşru temellerini hala korumaktadır (bkz.yukarıdaki para.149, 152 ve 156).

Masraflar

- 215 Genel Mahkeme'nin Usul Kurallarının 134(1) maddesi'nde "davayı kaybeden taraf, kazanan taraf savunmasında talep ettiyse, masrafları ödemekle yükümlüdür" ibaresi bulunmaktadır.
- 216 Ayrıca, Mahkeme'nin Usul Kurallarının 135(2) maddesi'nde "Mahkeme, yargılama sürecinin öncesi de dâhil olmak üzere, şayet söz konusu tarafın tutumuyla haklı kılınabilir hale gelmişse, özellikle anılan taraf karşı tarafın masraf yapmasına yol açtığına, masrafın bir kısmını veya tamamını, başarılı olmuş olsa bile tarafın ödemesi hükmünü kurabilir" ibaresi yer almaktadır.
- 217 İçtihadı göre, Usul Kurallarının 135(2) maddesi, bir AB kurumu, anlaşmazlığın ortaya çıkmasına tutumu aracılığıyla yol açtığı durumlarda, (bkz. 22 Mayıs 2019 tarihli Ertico - ITS Avrupa v Komisyon, T-604/15, EU:T:2019:348, para.182 ve atıfta bulunan içtihat) uygulanmalıdır. Mevcut davada, yukarıdaki 210. paragraftan da anlaşılacağı üzere, itiraz edilen ilk grup tedbirlerini kabul ettiği dönemde, Konsey'in 15 Kasım 2018 tarihli PKK v Konsey (T-316/14, EU:T:2018:788) davasında ortaya konan hukuka aykırılıklarla ilgili sonuca varma yükümlülüğüne riayet etmemesi, başvuranı mevcut davayı açmaya yönlendirmiş olabilir.
- 218 Buna göre, başvuranın ve Konsey'in masraflarının kendi üzerlerinde bırakılmasına karar verilmesi, tüm koşulların adil bir değerlendirmesidir.

Bu sebeplerle;

GENEL MAHKEME (4. DAİRE)

İşbu;

1. Davanın reddi,
2. Her iki tarafın da masraflarının kendi üzerlerinde bırakılması,

Hükmünü vermiştir.

Gervasoni

Madise

Nihoul

Lüksemburg'ta, 14 Aralık 2022 tarihinde, açık oturumda karar verilmiştir.

E. Coulon

Yazı İşleri Müdürü

M. Van der Woude

Başkan

İçindekiler

I. İhtilafın arkaplanı ve yargılama sürecinde meydana gelen gelişmeler

II. Talep edilen karar türleri

III. Hukuk

A. İlk hukuki itiraz: hukuki belirlilik (kesinlik) ilkesinin ve 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(2) maddesinin veya 2580/2001 sayılı Tüzüğü'nün 2(3) maddesinin ihlali

B. Üçüncü İtiraz: 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(4) maddesinin ihlali

1. Birleşik Krallık kararı

(a) İçişleri Bakanlığı'nın "yetkili makam" olarak sınıflandırılması

(b) "İlgili dosyada kararın yetkili bir makam tarafından alındığını gösteren net bilgi veya materyal"

(c) İçişleri Bakanlığı tarafından PKK'nın terör örgütü olarak ilan edilmesi teminde, terör eylemlerinin tarihi

2. Birleşik Devletler kararları

C. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(3) maddesinin ihlal edildiğine ilişkin ikinci itiraz

1. 2001/931 sayılı Ortak Tutum Madde 1(3)'te atıfta bulunulan amaçların, Kürt halkının kendi kaderini tayin etmesi amacıyla yapılan meşru silahlı çatışma ışığında yorumlanması gerektiğine ilişkin argüman

2. Başvurana isnat edilen eylemlerden bazıları tarafından güdülen amaçların terörist niteliğine ilişkin itiraz

D. 2001/931 sayılı Ortak Tutum'un 1(6) maddesinin ihlal edildiğini iddia eden dördüncü itiraz

E. Orantılılık ilkesinin ihlali iddiasında bulunan beşinci itiraz

F. Gerekçe beyanı yükümlülüğünün ihlali iddiasında bulunan altıncı itiraz

G. Savunma haklarının ve etkin yargısal korunma hakkının ihlali iddiasında bulunan yedinci itiraz

H. Sonuç

Masraflar

Dava Dili: İngilizce

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar - Çözüm Önerileri)^(*)

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ^(**)

Öz

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira sözleşmesinin dava yoluyla sona ermesi başlığı altında kiralanın tahliye taahhüdüne dayanarak tahliyesini düzenlemiştir. Tahliye taahhüdüne ilişkin tahliyenin tanımı, unsurları uygulama sayesinde gelişmiş, Yargıtay geçerli bir tahliye taahhüdünün söz konusu olabilmesi için aranan şartları tespit etmiştir. Çalışmamızda tahliye taahhüdünün tanımı, unsurları, uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileriyle yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak kiralanın tahliyesi usulü inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kiracı, Kira Sözleşmesi, Kiraya Veren, Tahliye Taahhütnamesi, Tahliye Davası.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.11.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 08.12.2023](#).

[Atıf Şekli](#): Selin Sert Sütçü, 'Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar - Çözüm Önerileri)' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1491, 1516.

[DOI](#): 10.52273/sduhfd..1398156.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

[E-posta](#): selin81hukuk@gmail.com, selinsert@akdeniz.edu.tr.

[Orcid](#): <http://orcid.org/0000-0001-7483-6394>.



Eviction of the Tenant Due to Reasons Arising from the Tenant: Written Eviction Commitment (Problems-Solution Suggestions)

Abstract

Turkish Code of Obligations No. 6098 regulates the eviction of the rented real estate based on the eviction commitment under the title of termination of the lease agreement through litigation in residential and roofed workplace leases. The definition of evacuation related to the commitment to evacuate has developed thanks to the application of its elements, and the Supreme Court has determined the conditions required for a valid commitment to evacuate. In our study, the definition of the eviction commitment, its elements, problems that arise in practice and solution suggestions, and the evacuation procedure of the rented property based on the written eviction commitment will be examined.

Keywords

Tenant, Lease Agreement, Lessor, Eviction Undertaking, Eviction Case.

Extended Summary

Lease agreement, Turkish Code of Obligations No. 6098, article 299 et seq. regulated in its provisions. During the period of the Code of Obligations No. 818, the provisions to be applied regarding residential and roofed workplace rents were also regulated within the scope of Law No. 6570. With the entry into force of the Turkish Code of Obligations, all provisions regarding the lease agreement have been collected in a single law. In the provisions regarding lease agreements, the legislator first included general provisions and then introduced specific provisions by making regulations regarding residential and roofed workplace rentals and product rentals. Although detailed regulations are included in the general provisions of the lease agreement, with the thought that these regulations will be insufficient for special lease agreements, separate regulations have been made for residential and roofed workplace leases and product leases. The lease agreement is one of the most common contracts for the purpose of providing loans in practice. With the lease agreement, the lessor is obliged to transfer the leased property to the tenant, while the tenant is obliged to pay a fee for this transfer. The difference between a rental contract and a sales contract is that ownership is not transferred, only the rights to use and benefit from the leased property are transferred. Since the lease agreement is a consensual contract, the tenant and the lessor will determine with their free will whether the entire leased property will be transferred or a certain part of it will be transferred and what will be included in the scope of the leased property. In the lease agreement, it is a mutual agreement as the tenant and the lessor undertake to fulfill certain obligations. As long as the lease agreement continues, the obligations of the tenant and the lessor to each other continue. Although lease agreements can be made for a fixed or indefinite period according to the law, in practice they are generally made for a fixed period of time.

As a rule, lease agreements are not subject to form. In practice, it is seen that lease agreements are made in writing for ease of proof. Information such as the name and surname of the parties, contact information, rental fee, and the purpose of use of the leased property must also be written in the written rental agreement. In lease agreements, the parties also include general conditions and special conditions regarding the lease agreement. Apart from these conditions, the tenant or the lessor also have obligations towards each other. The lessor has the obligation to deliver the leased property, to keep the leased property suitable for use, to be responsible for defects and seizures, and to pay the legal expenses of the leased thing. The tenant's most important obligation is to pay the rent. In addition, they also have obligations such as using the leased property in accordance with the lease agreement and protecting the leased property.

Termination situations of the lease agreement are classified in the law of obligations as general termination reasons, termination reasons specific to the lease agreement, termination due to reasons arising from the lessee, and termination due to reasons arising from the lessor. One of the reasons for the termination of the lease agreement originating from the tenant is a written eviction commitment. In order for this commitment to be valid, it must be in writing, reflect the true will of the tenant, be made after the lease agreement and delivery of the leased property, and include a specific

date. When the lessor wants to evict the tenant from the leased property, an eviction commitment seems to be the easiest way, but in order for the eviction to take place based on the eviction commitment, either enforcement proceedings or a lawsuit must be filed.

Various problems regarding the evacuation commitment are encountered in practice. One of these problems is whether the lease agreement is made with one of the spouses, this spouse also undertakes to evacuate, and whether the spouse of the tenant who is not a party to the lease agreement but lives in the rented house will be evicted from the leased property after the divorce case is filed, even though he does not sign both the lease agreement and the eviction commitment. It has been discussed whether this commitment will be valid if the date of the evacuation commitment is written only in months. It has also been discussed what the tenant can do if a blank undertaking signed by the lessor to the tenant is filled in without the tenant's knowledge. Whether or not a condition or penalty clause can be added to the eviction commitment is also among the issues discussed. If a lawsuit is filed in the civil court of peace regarding the commitment to evacuate, it is also necessary to apply to a mediator before filing a lawsuit, since this issue is regulated within the scope of mediation as a condition of litigation. In our study, these problems and solution suggestions will be included.

GİRİŞ

Son dönemlerde dünyada meydana gelen salgın hastalık ve diğer sebeplerle sadece ülkemizde değil birçok ülkede marketlerde temel ihtiyaçların, aynı zamanda sürekli olarak kullandığımız temel kaynakların fiyatlarının artmasının yanısıra kira fiyatlarını da olumsuz etkilemiştir. Ev sahipleri artan kira bedelleri karşısında eski kiracılarına kira bedelini arttırma teklifinde bulunmuş, bu teklifler bazen olumlu bazen ise olumsuz karşılanmıştır. Kira artışlarından etkilenen ev sahipleri veya kiralayanlar bu olumsuzluktan kurtulmak için kiracılarını kiralandan tahliye edebilmek için çareler arayamaya başlamış, en kolay tahliye yolu olarak ise tahliye taahhüdü çözüm olarak tercih edilmeye başlanmıştır. Tahliye taahhüdü 6570 Sayılı Gayrimenkullerin Kiralanması Hakkında Kanun döneminde olduğu gibi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de kiralayan tarafından tercih edilen bir tahliye türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahliye taahhüdünün geçerliliği, tahliye taahhüdünün var olması halinde kiralananın nasıl ve ne şekilde tahliye edileceği meselesi uygulamacıları ve araştırmacıları bu hususta çalışmaya sevk etmiştir. Çalışmamızda tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları, tahliyenin nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceği ile tahliye taahhüdüne dayanarak hangi davaların ne şekilde açılacağı ile dava şartı arabuluculuk kapsamında konunun değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meseleleri inceleme konusu yapılacaktır.

I. TAHLİYE TAAHHÜTNAMESİNİN TANIMI VE MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Tahliye; Türk Dil Kurumu sözlüğünde¹; boşaltma anlamında kullanılmaktadır. Kira sözleşmesi bakımından ise tahliye kiralanan taşınmazın boşaltılması² anlamında kullanılmaktadır.

Tahliye taahhütnamesi, mülga 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 7/1,a hükmünde düzenlenmişti. Böylece, kiralayanın “a) kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen tahliye edilmezse icra dairesine müracaatla tahliye isteyebileceği” hüküm altına alınmıştı.

Konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiracıdan kaynaklı tahliye sebeplerini kanun koyucu TBK m. 352 hükmünde kiracının aynı kira dönemi içerisinde kira borcunu ödememesi sebebiyle iki haklı ihtarin gerçekleşmesi, kiracının kiralananına ilişkin

¹ Türk Dil Kurumu <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

² Yargıtay 6. HD 10921/12572, 18.11.2014: “... Kira sözleşmesine dayalı olarak verilen tahliye taahhütnamelerinde; kiracı taahhütte belirtilen sürede kiralananı boşaltma borcu altına girer...” <<https://legalbank.net/belge/y-6-hd-e-2014-10921-k-2014-12572-t-18-11-2014-tahliye-taahh-220-d-220-ne-dayali-olarak-baslatilan-il/1451889/>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2023.

yazılı tahliye taahhüdü vermesi ve kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunmaması olarak belirtilmiştir. Çalışmamızın konusu kiracıdan kaynaklı tahliye sebepleri içerisinde yer alan tahliye taahhütnamesinin değerlendirilmesidir.

Kiracıdan kaynaklı tahliye sebebi olan yazılı tahliye taahhüdü; TBK m. 352/1 hükmünde “*kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmıyışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir*” düzenlemesidir.

Tahliye taahhütnamesinin TBK m. 352 hükmünde düzenlenmesi; bu düzenlemenin konut ve iş yeri kiralalarına ilişkin kira sözleşmeleri bakımından geçerli olacağı anlamına gelmektedir³. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri dışında adi kira sözleşmeleri bakımından ise tahliye taahhütnamesine ilişkin düzenlemenin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda adi kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler kiralananın tahliyesi bakımından da uygulanacaktır.

Tahliye taahhütnamesi; kira sözleşmesiyle kiralananın tesliminden sonra kiralananın belirli bir tarihte boşaltılması konusunda düzenlenen yazılı bir işlem olarak ifade edilmektedir⁴. Tahliye taahhütnamesinin geçerli olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar: yazılı olması, tahliye tarihinin belirtilmesi, tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden sonra düzenlenmesidir.

³ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2023) 294; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2023) 423; Mehmet Öztürk, ‘Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri’ (2017) 19 (Özel Sayı) (Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı) DEÜHFD 1549, 1479; Süleyman Yalman, ‘Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü’ (2005) 13 (2) SÜHFD 2, 18; Yasin Köse, ‘Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Tahliye Davası’ in Hayrunnisa Özdemir (ed), *Kira Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 885; Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Adalet Yayınevi 2011) 169; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt 2, (On İki Levha Yayıncılık 2014) 424; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Beta Yayınevi 2013) 273 vd; Ercan Akyiğit, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi* (Seçkin Yayıncılık 2012) 245; Fatma Atabekoğlu, ‘Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi’ (2013) 9 (103-104) BÜHFHHD 171, 171; Mithat Ceran, *Kira Sözleşmesi Tahliye* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2012) 105.

⁴ Merve Altuntop, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye’, (2014) 5 (19) TAAD 517, 520; Haluk Burcuoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi* (Filiz Kitabevi 1993) 321; Mehmet Akçaal, ‘Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri’ (2022), 12 (2) SDÜHFD 949, 953.

II. TAHLİYE TAAHHÜTNAMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Tahliye taahhüdünün geçerli olması ve hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkması için, aranması gereken şartlar bulunmaktadır. Şartların gerçekleşmemesi, taahhütnamenin geçersizliğine yol açacaktır.

A. Kiracı Tarafından Verilmesi

Tahliye taahhütnamesinin kiracı tarafından bizzat imzalanması gerekmektedir. Kiracının adına eşinin, çocuğunun, yanında çalışan birisinin taahhütname imzalaması geçerli olmayacaktır.

Kira sözleşmesinin yapılmasının ve geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmasına rağmen kira sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının kararlaştırıldığı hallerde kiracının temsilcisi de kira sözleşmesi yapabilmelidir⁵. Kiracının temsilcisi kira sözleşmesi yapabildiğine göre, tahliye taahhütnamesi yapmasında da bir sakınca bulunmamaktadır. Kiracının temsilcisinin tahliye taahhütnamesi düzenleyebilmesi için tahliye taahhütnamesi yapma yetkisinin özel yetki şeklinde verilmesinin zorunlu olup olmadığı öğretilmiştir⁶. Bir görüşe göre, temsilciye özel yetki verilmesine gerek yoktur ve temsilci genel yetki ile yazılı tahliye taahhüdünde bulunabilmelidir. Bu durumun sebebi ise; Kanunda özel yetki gerektiren hallerin sınırlı sayıda olduğunu belirtilmiş olmasıdır⁷. Yargıtay'ın da bu durumu destekleyen kararı bulunmaktadır⁸. Buna karşılık diğer bir görüş ise, genel yetkili temsilcinin temsil edilen adına olağan işlemleri yapabileceğini, tahliye taahhüdünün olağanüstü bir işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini bu sebeple olağanüstü bir işlemin yapılabilmesi için özel yetki verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹. Yargıtay'ın bu görüşü de destekleyen kararı bulunduğundan, tahliye taahhüdünün temsilci tarafından düzenlenmesini kabul

⁵ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 691.

⁶ Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2012) 327; İnceoğlu, (n. 4) 424; Doğan, (n.4) 183.

⁷ Gümüş, (n.7) 327.

⁸ Yargıtay 12. HD, 8935/1362, 12.02.1981: "... takip, mecurun temmuz 1980 ayı başında boş olarak teslim edileceğine dair kiracı vekili avukat ...'in keşide ettiği 21.05.1980 tarihli ... noterlikten tanzim edilmiş ihtarnameye dayalıdır. Kiracı ... vekili avukat ...'in yetkisine binaen tevkil ettiği avukat ... ve avukat ...'nun vekaletnamelerinden, dayanak belgeyi gönderen avukat... in her hususta müvekkilini temsile, ahzuka, sulh ve ibraya, davadan feragata, feragatı kabule yetkili olduğu anlaşılmıştır. Çoğun içinde az da mevcut olup, avukat ... müvekkili adına tahliye taahhüdünde bulunmaya yetkilidir..." <www.emsalyargitay.com.tr> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁹ İnceoğlu, (n.4) 425.

ettiği ancak bunun için özel yetkinin aranıp aranmaması hususunda bir görüş birliğine varmadığı kabul edilmelidir¹⁰.

Kanaatimizce tahliye taahhütnamesi düzenlenebilmesi için kiracının temsilci ataması mümkündür ve temsilcinin tahliye taahhütnamesini düzenleyebilmesi bakımından özel yetkiye ihtiyacı olmamalıdır. Çünkü özel yetki gerektiren hukuki işlemler kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş ve bu sınırlı sayıda belirtilen sebepler içerisinde tahliye taahhütnamesi düzenlenmemiştir.

Kiracının tüzel kişi olması halinde tahliye taahhüdünün geçerli olması için bu taahhüdün tüzel kişinin temsile yetkili organı tarafından verilmesi gerekmektedir. Kiracının anonim, limited, kollektif gibi şirket olması halinde tahliye taahhüdünün şirketi temsile yetkili kişi veya organ tarafından verilmesi gerekmektedir. Birden fazla kişi veya organın imza yetkilisi olmasına rağmen bunlardan bazılarının tahliye taahhüdünü imzalaması halinde ise taahhütnamenin geçersizliğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir¹¹.

Kiracının birden fazla olması halindeyse tek bir tahliye taahhüdünün bütün kiracılar tarafından imzalanması söz konusu olabileceği gibi her bir kiracının ayrı ayrı tahliye taahhüdünde bulunması da mümkündür. Birden fazla kiracının sadece bazılarının tahliye taahhüdünü imzalaması halindeyse, yazılı tahliye taahhüdü düzenlemesi için tek bir kiracının yetkilendirilmiş olması halinde, taahhütnamenin onun tarafından imzalanması yeterlidir. Bu şekilde bir yetkilendirme olmaması halinde ise bazı kiracıların tahliye taahhüdü düzenlemiş olması halinde bu taahhüt geçerli olmayacaktır¹². Kira sözleşmesinde kiracının birden çok olması halinde kiracıların tamamı kiracı sıfatına sahip olacağından, taahhüdün tamamının hepsi tarafından yapılması gerekmektedir.

B. Yazılı Olması

Tahliye taahhütnamesinin TBK m. 352/1 hükmüne göre yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu irade serbestisi ilkesini kabul etmiş

¹⁰ Yargıtay 3. HD, 414/1200, 04.02.2002: "... vekaletnamesinde (tahliye taahhüdüne) ilişkin bir yetki bulunmayan, olağan ve normal işler için verilen vekaletnameye dayanarak müvekkili (tehlikeye sokan ve tekrar düzeltilmesi mümkün olmayan bir sakınca yaratacak şekilde) vekil tarafından kiralayana verilen tahliye taahhüdünün geçerliliğinden söz edilemez..." <www.emsalyargitay.com.tr> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

¹¹ Yargıtay 6. HD, 11955/23337, 02.02.2011: "... Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde kiracı olarak davalı şirket müdürlerinin birinin imzası olduğu halde tahliye taahhüdünün de aynı şirket müdürü tarafından imzalanması halinde geçerli olmadığı ileri sürülmesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz..." <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

¹² Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (21. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 368.

olmasına, kira sözleşmesinin yazılı yapılmasını öngörmemiş olmasına rağmen tahliye taahhüdü bakımından bu kuralı kaldırmış ve en azından adi yazılı şekilde yapılması zorunluluğunu öngörmüştür¹³. Hatta taahhütnamede sadece kiracının imzasının el yazısıyla atılmasının da yeterli olduğu kabul edilmiştir¹⁴. Bu metnin tamamının el yazısıyla hazırlanmasına dahi gerek yoktur¹⁵. Kiracının irade beyanına dayanarak hazırlanmış olması yeterlidir. Tahliye taahhütnamesinin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde resmi bir biçimde yapılmasını engelleyen bir düzenleme de yoktur.

Tahliye taahhüdünün yazılı olduğu herhangi bir şekilde ispatlanabilirse, bu durumda tahliye sebebi olarak kabul edilmesi de mümkündür. Duruşma tutanağı, icra tutanağı gibi belgelerde kiracının tahliye taahhüdünde bulunduğu anlaşılıyor ve diğer tahliye taahhüdünün geçerli olması için aranan koşullar da bulunuyorsa¹⁶ bu belgelerde yazılı tahliye taahhüdü olarak değerlendirilmelidir¹⁷.

¹³ Yalman, (n.4) 11; Öztürk, (n. 4) 1578; Köse, (n.4) 888; Yusuf Can Delipınar, *Kıracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi*, (On İki Levha Yayıncılık 2016) 39; Eren, (n.4) 445.

¹⁴ Akçaal, (n.5) 955; Aydoğdu ve Kahveci, (n.6) 693, İnceoğlu, (n.4) 427; Burcuoğlu, (n.5) 296; Doğan, (n.4) 170; Aral ve Ayrancı, (n.4) 285; Yalman, (n.4) 11; Merve Akgün Akay, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri* (Seçkin Yayıncılık 2016) 138.

¹⁵ Yargıtay 6. HD, 2015/6263, 26.05.2010: "... taahhütnamenin içeriğinden ve kira sözleşmesinden taahhüdün kira ilişkisi devam ederken verildiği açıkça anlaşılmaktadır ayrıca tahliye taahhüdünün adi olarak düzenlenmesinde bir usulsüzlük yoktur. Bu durumda mahkemece kiralandanda otururken serbest iradeyle verilen ve imzası inkâr edilmeyen taahhütnamenin geçerli olduğunun kabulüyle itirazın iptaline, takibin devamına ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır" <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

¹⁶ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 413.

¹⁷ Yargıtay 6. HD, 7943/12236, 02.11.2011: "... davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkili derneğe ait taşınmazın 3 ay deneme süresi olarak davalıya kira sözleşmesiyle teslim edildiğini sözleşmenin 14 maddesi gereğince davalının deneme süresi boyunca kira ödemediği kiralanan yerde işletme-mecil yapacağına deneme süresinin sonunda tarafların anlaşmaları halinde kira parası belirlenerek kiracılık ilişkisine devam edileceğinin kararlaştırıldığını ancak davalının dernek kurallarını ve sözleşme hükümlerine uymaması nedeniyle deneme süresi dolmadan sözleşmenin feshine karar verildiğini bu kararın davalıya tebliğ edildiğini davalının da taşınmazı ve taşınmazda bulunan demirbaşları müvekkil derneği teslim etmek üzere bir ay ek süre talep ettiği ve yazılı taahhütname ile taşınmazı tahliye edeceğini taahhüt ettiğini, taşınmazın tahliye edilmesi için keşide edilen noterlik ihbarnamesinin davalıya tebliğ edildiğini ancak davalının taşınmazı tahliye etmemesi üzerine Ankara icra müdürlüğüne Müdürlüğünün tahliye talebine dayalı olarak tahliye talepli icra takibi başlatıldığını ancak davalının tahliye emrine yazan süresi içinde takibe dayanak olan tahliye taahhüdünün yasal niteliklerini taşımadığını ileri sürerek itiraz ettiğini bildirmiştir. İtirazın kaldırılması ve taşınmazın tahliyesine karar verilmesi talep edilmiştir. Davalı ise davacı tarafa tahliye taahhütnamesi vermediğini mezkur belgenin karşılıklı görüşmeler sonucu sunulan teklifler olduğunu bildirerek davalının reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı kiracının beyanı yazılı tahliye taahhüdü niteliğindedir. Davalı tahliye konusunda süre isteğinde bulunduğu göre bu isteğin yazılı tahliye taahhüdü olarak kabul edilmesi gerekmektedir..." <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2023.

C. Tahliye Tarihinin Belli Olması

Geçerli bir tahliye taahhüdünden bahsedebilmemiz için tahliye tarihlerinin belirlenmesi zorunludur. TBK m. 352 hükmünde de kanun koyucu yazılı tahliye taahhüdünün tarihinin belli olması zorunluluğuna işaret etmektedir.

Tahliye taahhüdünün tarihinin yazılmadığı veya belli olmadığı taahhütlere dayalı olarak tahliye kararı verilemeyecektir¹⁸. Tahliye taahhüdünde yer alan tahliye tarihinin açık bir şekilde yazılması, tereddüte mahal vermemesi önemlidir.

Yargıtay bir kararında; *“tahliye tarihinin açık bir şekilde yer almaması halinde tahliye taahhüdünün geçerli olmayacağı”* sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda, kira sözleşmesinin taraflar arasında yapılmasıyla kira sözleşmesinin özel şartlar başlıklı m. 24 hükmünde kiralanan kurum tarafından ihtiyaç duyulduğunda sözleşme sonu beklemeksizin kiralayanların tahliye edileceğine dair düzenlemenin belirli bir tarihi gösteren yazılı tahliye taahhüdü olarak nitelendirilemez şeklinde belirtmiş ve tahliye taahhüdünün geçersizliği sonucuna ulaşmıştır¹⁹. Kanaatimizce tahliye taahhüdünde belirtilecek olan tarihin açıkça gösterilmiş olması zorunluluğu ile anlatılmak istenilen husus da tahliye tarihinin açıkça gösterilmesi ve hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılmasıdır. Tahliye taahhütnamesinde tarih gün, ay ve yıl olacak şekilde tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıkça yazılmalıdır.

D. Tahliye Taahhüdünün Kiralananın Teslim Edilmesinden Sonra Düzenlenmesi

Tahliye taahhütnamesinin geçerli olabilmesi için aranması gereken bir diğer şart, taahhütnamenin kiralananın tesliminden sonra verilmesidir²⁰. TBK m. 352/1 hükmünde, *“kiralananın teslim edilmesinden sonra”* denilerek taahhütnamenin

¹⁸ Yargıtay 12. HD, 1175/2309, 09.03.2020: *“... Somut olayda; taraflar arasında 01.02.2005 tarihli ve 01.05.2012 tarihli kira sözleşmeleri bulunduğu, davalı tarafından sözleşmelerdeki imzanın inkâr edilmediği, 01/05/2012 başlangıç tarihli sözleşmenin 1. maddesinde sözleşmenin, taraflar arasında 01.02.2005 tarihinde yapılmış olan kira sözleşmesinin kira süresinin uzatılması, yeni dönem kira bedelinin belirlenmesi ve değişen şartlara uyarlanması amacıyla yapıldığının belirtildiği, 5. maddesinde “Kira süresi 01.05.2012 tarihinden başlayarak 3+2 yıl olarak kararlaştırılmış olup bu sürenin sonunda kiracı mecuru boşaltarak kiraya verene kayıtsız şartsız teslim edecektir.” şeklinde taahhüdün yer aldığı, davalının 01.02.2005 tarihli kira sözleşmesine göre bu tarihten itibaren kiralanan taşınmazda bulunduğu, söz konusu taahhüdün kira ilişkisi devam ederken verilen tahliye taahhüdü olduğu ancak taahhüdün belli bir tarihi içermediği görülmüştür. Tahliye taahhüdünde, tahliye tarihi belli (açık) bir şekilde yer almadığından Türk Borçlar Kanunu’nun 352. maddesinin aradığı anlamda bir tahliye taahhüdünün varlığından bahsedilemez. O halde, ilk derece mahkemesince belirtilen gerekçe ile davanın reddine ve Bölge Adliye Mahkemesince de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekir...”* <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

¹⁹ Yargıtay 6. HD, 13124/1495, 19.11.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

²⁰ Köse, (n.4) 893; Aydoğdu ve Kahveci, (n.6) 693; Gümüş, (n.17) 413; İnceoğlu, (n.4) 428; Burcuoğlu, (n.5) 303; Akgün Akay, (n.15) 138.

kiralananın tesliminden sonra verilmesi gerektiği ifade edilmiştir²¹. Yargıtay 04.10.1944, 20/28 İçtihadı Birleştirme Kararına göre; “kira sözleşmesi kurulurken yazılı tahliye taahhütnamesi verilmesinin kiracının gerçek iradesini yansıtmayacağı, kira sözleşmesi akdedilirken verilen taahhüdün baskı altında ve gerçek iradenin dışında verilmesinin muhtemel olacağı, kiracı tarafından verilen yazılı tahliye taahhütnamesinin geçerli kabul edilebilmesi ve TBK’nın aradığı nitelikleri taşıması için kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra verilmesi” gerektiği belirtilmiştir. TBK bu içtihatla kabul edilen ilkeyi daha da ileri götürmüştür. Kiracı tarafından verilen yazılı tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinin yapılmasından sonra verilmesi yeterli değildir, sözleşmenin yapılmasından sonra kiralanan taşınmazın da teslim edilmiş ve ondan sonra tahliye taahhüdünün verilmiş olması²² gerekmektedir²³. Kanun koyucu açıkça teslim tarihinden sonra taahhüt verilmesi koşulunu aramıştır²⁴. Tahliye taahhüdünde taahhüdün verilme tarihinin belli olmaması halinde, taahhüdün teslim tarihinden sonra verildiğini genel ispat kuralları gereğince, kiraya veren ispatlamalıdır²⁵.

E. Tahliye Taahhüdü Düzenlenirken Kiracının İradesinin Sakatlanmaması

Kiracı tahliye taahhüdü düzenlenirken, taahhütnameyi hangi amaçla verdiğini ve bu taahhütnamenin ne şekilde kullanılabileceğini bilmelidir. Kiracının

²¹ Yargıtay 8. HD, 4711/2893, 28.02.2018: “... kira sözleşmesi ile aynı tarihte ya da daha önceki tarihte alınan tahliye taahhüdü dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 26 maddesi gereğince kiracının serbest irade mahsulü olmadığından batıldır. Kira ilişkisi devam ederken verilen tahliye taahhütleri geçerlidir geçerli sözleşmeden doğan bu hakkın kullanılmasında iyi niyet asıldır...” <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

²² Mehmet Erdem, ‘Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı’ (2016) 11 (145,146) BÜHFD 485,486.

²³ İstanbul BAM 36. HD, 2558/1901, 01.10.2021: “... Somut olayda; taraflar arasında 01/03/2016 başlangıç tarihli yazılı kira sözleşmesinin kurulduğu, sözleşmeden sonra noterde yapılan 13/03/2018 tarihli düzenleme şeklinde tahliye taahhütnamesine göre davalının taşınmazı 30/06/2018’de boşaltarak kiraya verene kayıtsız ve şartsız teslim edeceğinin kararlaştırıldığı, bu haliyle söz konusu hüküm kiralananın kira süresi sonunda tahliye edilmesini amaçlayan, tahliye zorlayan tahliye taahhütnamesi niteliğinde olduğu, icra takibinin de süresinde yapıldığı anlaşılmalı davalının istinaf talebinin reddine karar verilmiştir...” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

²⁴ Yargıtay 6. HD, 114221/12971, 25.11.2014: “... kira sözleşmesi ile aynı tarihte ya da daha önceki tarihte alınan tahliye taahhüdünün kiracının serbest iradesiyle verilmemesi nedeniyle geçersiz olduğu ortadadır. Kira ilişkisi devam ederken verilen tahliye etleri ise geçerlidir bu nokta geçerli sözleşmeden doğan bu hakkın kullanılmasında iyi niyet asıldır...” <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

²⁵ Köse, (n.4) 891; Aydoğdu ve Kahveci, (n.6) 693; Inceoğlu, (n.4) 429; Doğan, (n.4) 177; Eyüp İpek, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler’ (2012) 1 (102) TBBD 59, 78.

tahliye taahhütnamesi düzenlenirken iradesinin sakatlandığını ileri sürmesi halinde bu hususa yer veren özel bir hüküm bulunmadığından, TBK'nın irade sakatlıklarını düzenleyen m. 30 ile m. 39 arasındaki hükümleri uygulanmalıdır²⁶. Kiracının iradesinin sakatlanması halinde bir yıllık hak düşürücü süreye uymak kaydıyla kiracı tahliye taahhüdünün düzenlenmesi sırasında iradesinin sakatlandığını ileri sürebilecektir.

III. TAHLİYE TAAHHÜDÜNE İLİŞKİN SORUNLAR

Yazılı tahliye taahhüdü, 6570 Sayılı Kanun döneminde de 6098 Sayılı Kanun döneminde de hakkında tartışmaların olduğu, çoğu zaman bu tartışmaların tam çözülemediği alanlardan birisidir. Tahliye taahhüdüne ilişkin sorunlar ele alınırken bu sorunların neler olduğu ve ne şekilde çözülebileceği yargı kararları ve ka-
naatimiz belirtilerek incelenecektir.

A. Aile Konutuna İlişkin Değerlendirmeler

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) aile konutuna ilişkin düzenlemelere m. 194²⁷ ve TBK m. 349 hükümlerinde²⁸ yer vermiştir²⁹. TBK m. 349 hükmü

²⁶ Doğan, (n.4) 174.

²⁷ TMK m. 194 hükmü şu şekildedir: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak öngülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur".

²⁸ TBK m. 349 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: "Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir. Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildiri ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır".

²⁹ YHGK 2-2809/367, 30.03.2021 sayılı ilamında; "... TMK'nın 194. maddesinde öngörülen sınırlandırma, taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi konulduğu için değil, konut aile konutu vasfı taşıdığı için getirilmiştir. Bu sebeple taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasa bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Nitekim aile konutu şerhi kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Aksi düşünce ile tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamanın şerh ile başlayacağı kabul edilmiş olur. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da bu vasıf ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir. Eş söyleyişle aile konutunun

düzenlemesi, TMK'nın m.194 hükmüne paralel düzenleme öngörerek, aile konutu olarak kiralanan taşınmazda kiracının kira sözleşmesini feshedebilmesi için eşinin de açık rızasına ihtiyaç duyulduğunu hüküm altına almıştır. Eşlerden birisi kiralanan taşınmaza ilişkin tahliye taahhütnamesinde bulunmak istiyorsa, diğer eşin açık rızasını almak zorundadır³⁰, aksi halde yaptığı işlem geçersiz olacaktır³¹. Kiracının eşinin rızasını onaylama ve izin şeklinde alınması arasında bir farklılık yoktur, önemli olan diğer eşin bu husustaki irade beyanının anlaşılabilir olmasıdır. TBK m. 349/3 ve TMK m. 194/4 hükümlerine göre, kira sözleşmesine taraf olmayan diğer eş isterse kira sözleşmesinin tarafı da olabilecektir³².

Kira sözleşmesi ile kiralanan konut veya çatılı taşınmaz kiracı için aynı zamanda aile konutu olarak kabul ediliyorsa, sözleşmeye taraf olmayan diğer eşin yazılı tahliye taahhüdüne mutlaka izin ya da onay vermesi gerekmektedir³³. Diğer eş kiraya verene bildirimde bulunmuş ve kira sözleşmesine taraf olmuşsa bu durumda yazılı tahliye taahhüdünün altında diğer eşin de imzası bulunacaktır. Aile konutu eşlerden biri tarafından kiralama yolu ile sağlandığı zaman sözleşmeye taraf olmayan diğer eş kiraya verene yapacağı bildirimle kira sözleşmesine taraf olabileceği kabul edildiğinde, yazılı tahliye taahhüdünde kiracı konumundaki her iki eşin de imzası aranmalıdır. TMK m. 194/f.1 hükmü uyarınca yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle hakkında takip başlatılan bir kiracı, kira sözleşmesine taraf olmayan eşinin tahliye taahhüdünde rızası yoksa bunu ileri sürerek tahliyeye engel olabilecektir. Aynı zamanda diğer eş rızasının alınmadığını ileri sürüyorsa icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurup aile konutu tespiti davasının bekletici mesele yapılmasını talep edebilecektir. Aile konutunun tespiti davasının bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı uygulamada farklı şekilde değerlendirilmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 13.05.2013 T., 11579/18318 Sayılı kararında; "... tahliyesi istenilen yerin aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak açıldığının belirlenmesi halinde, bu davanın bekletici mesele

maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde tek başına aile konutunu aynı bir hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir. Nitekim bu ilkelere Hukuk Genel Kurulunun 24.05.2017 tarihli ve 2017/2-1604 E., 2017/967 K. sayılı kararında da aynen benimsenmiştir..." şeklinde görüş bildirmiştir.

³⁰ Can Yalçın Armutçuoğlu, 'Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği' (2011) 17 (1,2) MÜHFHAD 413, 420 vd.

³¹ Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)*, (Beta Yayıncılık 2004) 72 vd; Murat Doğan, 'Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu' (2002) 6 (1-4) AÜEHFD 285, 289.

³² Şükran Şıpka, 'Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları' (2015) 35 (1) MHMÖHB 47, 48.

³³ İnceoğlu, (n.4) 424; Erdem, (n.23) 486.

yapılarak karar verilmesi gerektiği...” sonucuna ulaşılmış, yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.10.2005 T. ve 676/600 Sayılı Kararında “... *şikayetçiye tahliyesi istenen taşınmazın aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak aile mahkemesinde dava açma olanağı ve tespiti imkanı verilmesi gerektiği...*” hüküm altına alınmıştır. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 6. Hukuk Dairesi³⁴ 24.05.2022 T. 1054/1010 Sayılı kararında “... *dava konusu kiralananın aile konutu olması halinde dahi dava dışı eş takip tarihine kadar kiralayana bir bildirimde bulunmadığından, kira sözleşmesinin tarafı haline gelmez. İcra takibinde haklılık durumunun takip tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerektiğinden, mahkemece açılan davanın bekletici mesele yapılmaması da yerindedir...*” denilerek, aile konutunun tespiti için dava açılması halinde, bu davanın bekletici mesele yapılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce, kiracı olmayan eş tarafından bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeyerek eşlerden birine ya da ev sahibine yöneltilecek aile konutu tespiti davasında, TMK m. 194/son ve TBK m. 349 hükümlerindeki düzenlemeler gereğince, kiralanan konuta ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceği ve bildirimde bulunan eşin diğer eşle birlikte sorumluluğu söz konusu olacağından, davacının ev sahibine yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelip; ev sahibinin fesih hakkını kullanma ihtimalinde kira sözleşmesini feshettiğini sözleşmenin tarafı olan diğer eşe de yöneltmesi gerektiğinden, kira sözleşmesine taraf olmayan eş tarafından aile konutunun tespitine yönelik açılan davalarda hukuki yararının olmadığı, davacının TMK m. 194/son hükmünde belirtilen korumayı ancak ev sahibine yapacağı bildirimle sağlayabileceği değerlendirilmiştir. Bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmek, eşe tanınmış bir haktır. O halde bu hakkını kullanmayan eşin, hakkı kullanmak istemediği sonucuna ulaşılmalıdır.

B. Tahliye Taahhütnamesinde Tarihin Ay Olarak Belirtilmesine İlişkin Değerlendirmeler

Tahliye tarihinin belli olması ifadesiyle tahliye tarihinin sadece ay olarak belirlenmesi halinde bunun geçerli olup olmayacağı öğretide tartışılmıştır. Bir

³⁴ Antalya BAM 6. HD. 762/770, 13.04.2023 sayılı kararında; “... *taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin bir bilgi dosyaya sunulmadığı gibi, taşınmazla ilgili olarak hakkında takip yapılan borçlunun eşinin, taşınmazın aile konutu olduğunu dair alacaklıya yapmış olduğu bir ihtar bulunmadığı ve dolayısıyla sözleşmenin tarafı haline gelmediği açıktır....*” denilmek suretiyle bildirim yapılmamış olmasının sözleşmenin tarafı haline gelinmeyeceği ve dolayısıyla müeyyidelerinin de buna göre belirleneceği öngörülmüştür. İş bu karardan hareketle bildirim yapmayan eşin kira sözleşmesinin tarafı olmayacağı ve bildirim yapılmamış olması- konutun aile konutu vasfını değiştirmeyecek ise de- TMK 194. madde korumasından yararlanabilmek ve hukuki sonuçların doğmasını sağlayabilmek için gerekli olduğu sonucu düşünülebilecektir.

görüşe göre; böyle bir belirleme taahhüdünün geçerliliği tahliye taahhüdünün sadece ay olarak belirtilmiş olması halinde dahi uygulanabileceğini ifade etmektedir ve bu durumda tahliye tarihinin taahhütnamede yazan ayın son günü olduğu şeklinde bir yorum yapmaktadır³⁵. Diğer görüşe göre ise tahliye tarihinin sadece ay olarak belirlendiği hallerde tahliye taahhüdü geçersiz olmalıdır³⁶. Kanaatimizce tahliye tarihinin ay olarak belirtilmesi yeterli değildir, tahliye tarihinin mutlaka açıkça yazılmış olması ve ay, gün, yıl şeklinde belirtilmesi gerekmektedir. Tahliyenin gerçekleştirileceği gün olarak ayın son gününü bulmak veya yazılı tahliye taahhüdünde tahliye tarihinin sadece ay olarak yazılmış olması halinde taahhütnamenin tamamen geçersiz olduğu sonucuna ulaşmak TBK m. 352/f.1 hükmüyle getirilen açık düzenleme karşısında mümkün olmamaktadır. Kanun koyucu 6098 Sayılı TBK yazılı tahliye taahhüdünde yapılan değişikliğin bilinçli olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁷.

Kanun koyucu tahliye taahhüdünün geçerli olması için mutlaka tahliye tarihinin belli olması zorunluluğuna işaret etmiştir. Ancak tahliye taahhüdünde var olması gereken tahliye tarihini kimin belirlemesi gerektiği hususunu düzenlenmemiştir. Bu durumda kiraya verenin tek taraflı olarak tahliye tarihini düzenlemiş olması kural olarak, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmelidir. Ancak, kiracının tahliye tarihini bildiği veya tahliye tarihinin kendisi tarafından yazıldığı hallerde tahliye taahhüdü geçerli sayılmalıdır. Böyle bir durumda tahliye tarihinin kiraya veren tarafından sonradan doldurulması aynı zamanda hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir.

C. Tahliye Taahhütnamesinde Şart ve Ceza Koşuluna İlişkin Değerlendirmeler

Yazılı tahliye taahhüdünün şarta bağlanıp bağlanamayacağı meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Yargıtay, tahliye taahhütnamesinin şarta bağlanabileceğine hükmetmiştir³⁸. Söz konusu kararlarda Yargıtay, tahliye taahhütnamesinin şarta

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.7.1972 tarihli ve 623/717 sayılı kararı (Eren, (n.4) 72).

³⁶ Gümüş, (n.7) 328; Aydoğdu ve Kahveci, (n.6) 651; Altıntop, (n.5) 527.

³⁷ Aynı görüş için bkz. Gümüş, (n.7) 328; Akçaal, (n.5) 961; Aydoğdu ve Kahveci, (n.6) 677; İpek Sağlam, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşacak Sorunlar' (2023) 11 (1) 29, 39.

³⁸ Yargıtay 6. HD, 11188/839, 11.02.2016: "... Taraflar arasında, 26/06/2013 başlangıç tarihli iki yıl süreli yazılı kira sözleşmesi ile 20/02/2015 düzenleme tarihli, 10/03/2015 gününde tahliyenin vaat edildiği yazılı taahhütnamenin mevcudiyeti uyumsuzluk konusu değildir. Taraflarca imzalanan iş bu taahhütnamede, kiracının kiralananana ait birikmiş geçmiş aylar kira bedelleri toplamı

bağlanabilmesinin TBK m. 170 hükmü gereği³⁹ mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Öğretide; bazı yazarlar yazılı tahliye taahhüdünün şarta bağlanabileceğini savunurken⁴⁰, bazı yazarlar şartın tahliye tarihine ilişkin olduğu durumlarda, tahliye taahhüdünde tarihe ilişkin şüphe olmaması gerektiğinden tahliye taahhünamesinin şarta bağlanamayacağı sonucuna ulaşmaktadır⁴¹. Kanaatimizce, tahliye tarihini etkilemeyen, TBK m. 27 hükmüne, TBK m. 2 hükmündeki dürüstlük ilkesine ve hakkın kötüye kullanımına yol açmadığı sürece tahliye taahhüdü şarta bağlanabilecektir. Örneğin; kiracının, kiralananana ait birikmiş kira borçlarını belirlenen tarihe kadar ödememesi halinde tahliye taahhüdü vermesi halinde tahliye taahhünamesi geçerli olmalıdır.

Tahliye taahhüdüyle ilgili ortaya çıkan bir başka sorun tahliye taahhüdü içerisinde cezai koşula ilişkin hükmün yer alması halinde bunun geçerli olup olmadığı

4.922.-TL'yi defaten 10/03/2015 tarihinde ödeyeceği, ödeme taahhüdü yerine getirilmediği takdirde tahliye tarihi olarak belirlenen 10/03/2015 tarihinde kiracının mecuru boş olarak davacıya teslim edeceği kararlaştırılmıştır. Bu durumda taahhütnamede kiralananın tahliyesi, davalı kiracı tarafından kira borcunun ödenmemesi şartına bağlanmıştır. Şartlı tahliye taahhüdü, eski Borçlar Kanunu'nun 149, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 170. maddesi uyarınca geçerli olup tarafları bağlar. Bu takdirde taahhüt şartın gerçekleşmesiyle güncellik kazanır. Taahhütnamedeki şarta göre her ne kadar davalı icra takibine itirazında kira bedellerinin ödendiğini iddia etmiş ise de davalı bu iddiasını ödeme belgesi ile ispat edemediğinden taahhüt geçerli hale gelmiştir. Bu durumda, kiralanda oturulurken verilen yazılı taahhüde dayalı olarak tahliye tarihinden itibaren bir aylık yasal süre içerisinde 30/03/2015 gününde başlatılan icra takibine yapılan itirazın şartın gerçekleşmesi sebebiyle haksız olduğu anlaşıldığından, mahkemece itirazın kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, şartlı olarak düzenlenen taahhüdün geçersizliğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 3 Kasım 2023.

³⁹ Yargıtay 6. HD, 1388/2938, 07.04.2009: "... Davacı kiralayanın icra takibinde dayandığı tahliye taahhüdü kira ve aidat borçlarının ödenmesi şartına bağlanmıştır. Borçlar Kanunu'nun 149. maddesi hükmü gereği sözleşmeler şartlı yapılabiliyorsa bunun doğal sonucu olarak tahliye taahhütnameleri de şartlı düzenlenebilir. Bu takdirde taahhüt şartın gerçekleşmesi ile güncellik kazanır ve icra takibinin de şartın gerçekleşmesinden itibaren bir ay içinde yapılması gerekir. Davalı kiracı icra takibine konu edilen kira borcunu 08.07.2008 tarihine kadar ödeyeceğini, aksi halde kiralananı 15.07.2008 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt etmiş, davacı kiralayan da belirtilen tarihte ödeme yapılmadığını iddia ederek 17.07.2008 tarihinde tahliye taahhüdüne dayanarak icra takibi yapmış olduğundan takip süresindedir. Davalı kiracı gerek itirazında gerek itiraz üzerine açılan davada söz konusu borcu ödemediğini savunmadığı gibi buna ilişkin bir delil de sunmamıştır. Bu haliyle taahhütnamedeki şartın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Yine tahliye taahhüdü 01.05.2007 başlangıç tarihli sözleşme ile kiralanda kiracı iken verildiğinden müzayaka halinden söz edilemez. Şart gerçekleştiğinden ve süresinde icra takibi yapıldığından mahkemece itirazın kaldırılmasına ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁴⁰ Akyiğit, (n. 4) 247; Doğan, (n. 4) 175.

⁴¹ Gümüş, (n. 7) 328; Altuntop, (n.5) 530.

meselesidir⁴². Yargıtay, tahliye taahhüdünün cezai koşula bağlanmasını geçerli kabul etmektedir⁴³. Kanaatimizce, TBK m. 352/1 hükmü incelendiğinde; tahliye taahhütnamesinde cezai koşula yer verilemeyeceği gibi bir sonuca ulaşılamayacaktır. Yargıtay 8. H.D. 2017/5598 E., 2018/12782 K. sayılı kararında⁴⁴; “kira sözleşmesinde yer alan özel şartlar kapsamında tahliye taahhütnamesi imzalandığını, sözleşmede yer alan söz konusu hükmün kiralananın kira süresi sonunda tahliyesini amaçlayan tahliyeye zorlayan bir taahhütname niteliğinde olduğunu, ancak bu taahhütnamenin kiracının müzayaka halinde kalmasından yararlanarak alındığı anlaşıldığından geçersiz taahhütnameye dayalı olarak kararlaştırılan cezai koşulun da geçersiz olacağı” sonucuna ulaşmıştır. Böylece tahliye taahhütnamesinde cezai şarta yer verilmesi halinde Yargıtay da bu şartın geçerli olacağı sonucuna ulaşmıştır.

D. Boş Olarak Düzenlenen ve Sonradan Doldurulan Tahliye Taahhüdü

Kiracı tarafından imzalanan ve kira sözleşmesinin yapılması sırasında tarihleri boş olarak kiraya verene teslim edilen tahliye taahhüdünün geçerli olup olmayacağı da değerlendirilmesi gereken bir husustur. Tahliye taahhüdünün kiralananın teslim edilmesinden önce tahliye ve düzenleme tarihlerinin boş olarak verildiği ve anlaşmaya aykırı olarak sonradan tamamlandığına ilişkin bir iddia varsa, bu iddiada bulunanın genel ispat kuralları gereğince, iddiasını kanıtlaması gerekmektedir. Kira sözleşmesinin düzenleme ve tahliye tarihlerinin sonradan tamamlanması tahliye taahhütnamesinin geçersizliğine yol açacağına dair bir düzenleme TBK düzenlemelerinde yer almadığından söz konusu tarihlerin anlaşmaya aykırı olarak tamamlandığına ilişkin iddia kiracı tarafından ispatlanmalıdır. Tahliye taahhüdünün düzenleme tarihinin sonradan doldurulabileceğini kabul edersek, bu durum TBK m. 352 hükmüne aykırılık teşkil edecek midir? Yazılı tahliye taahhüdünün düzenleme tarihinin kim tarafından yazılması gerektiği TBK m. 352/1 hükmünde açıkça yer almamaktadır. Bu durum ispatı zorlaştırmaktadır.

⁴² İnceoğlu, (n. 4) 439; Aydoğdu ve Kahveci, (n. 6) 322; Cevdet Yavuz ve Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 292.

⁴³ Yargıtay 6. HD, 16564/8813, 02.07.2014: “... Davada 01.01.2008 başlangıç tarihli ve 3 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sözleşmeye istinaden davalı tarafından 01.03.2008 tarihinde davacı kiraya verene tahliye taahhüdü verilmiş, tahliye taahhüdünde davalı kiracı kiralananı 31.12.2010 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettikten sonra devamında “kiracı mecuru 31.12.2010 tarihinde tahliye etmezse tahliye tarihinden önceki aylık kira bedelinin 3 katı miktarında aylık ödemeyi kabul ve taahhüt eder” denilmiştir. İlgili taahhüt cezai şart niteliğindedir ve geçerlidir. Bu nedenle davalı kiracıyı bağlar...”, Akçaal, (n.5) 965, dpn. 40.

⁴⁴ <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi, 3 Kasım 2023.

Kiraya veren sadece kiracının imzasını almak yoluyla boş bir tahliye taahhüdü aldıysa, bu durumda tahliye taahhüdü geçerli olacak mıdır? Kanaatimizce durumun iki şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kiraya veren söz konusu taahhütnameyi kasten ve kiracıya zarar vermek amacıyla kiracının iradesine aykırı biçimde kullanırsa bu durumda geçerli bir taahhütnamenin varlığından bahsedilemeyecektir. Yani tahliye taahhütnamesi yokluk yaptırımıyla karşılaşılacaktır. İkinci durumda ise boş taahhüdün kiracının iradesine uygun bir şekilde doldurma olduğunun kabul edilmesi halinde yani kiracının boş tahliye taahhüdünü kiraya verene teslim ederken taşınmazın tahliye edileceğini bilerek ve boş tahliye taahhüdüne imza atarken bu belgeye tahliyenin gerçekleştirileceği bir tarihin yazılacağını ve o tarih itibari ile kiralananı tahliye etmesi gerektiğini; kiraya verenin de sırf bu amaçlarla bahis konusu taahhüdü aldığını hayatın olağan akışına uygun şekilde anlaması halinde ise bu taahhüt geçerli olacaktır. Kiraya verene teslim ettiği boş tahliye taahhüdünün gerçek iradesine aykırı doldurulduğunu iddia eden kiracı yanılma (hata) hükümlerine dayanarak iptal beyanında bulunabilecektir. Bu taahhütnamenin iradesine aykırı biçimde doldurulduğunu kanıtlayamazsa imzasının sonuçlarına katlanmalı ve yazılı tahliye taahhüdü kendisi için bağlayıcı kalmaya devam etmelidir.

IV. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNE DAYANARAK TAHLİYE DAVASI AÇILMASI VEYA İCRA TAKİBİ YAPILMASI

Kanun koyucu TBK m. 347 hükmü gereğince; *“konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracının belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça kira sözleşmesinin aynı şartlarla bir yıl uzamış sayılacağını”* hüküm altına almıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından sürenin bitimi sebebiyle İcra İflas Kanunu’nun (İİK) m. 272 ve m. 275 hükümlerine dayanılarak tahliye takibinin yapılamayacağı sürenin dolması sebebiyle tahliyenin ancak tahliye taahhüdünün varlığı halinde mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴⁵.

TBK m. 352/1 hükmü gereğince; *“kiracı kiralananın teslim edilmesinden sonra kiraya verene karşı kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak taahhüt etmiş, boşaltmamış ise kiraya veren kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içerisinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle”* sona erdirebilecektir. Yazılı tahliye taahhüdünde belirtilen taahhüt tarihinden başlayarak bir ay içinde kiracı aleyhine ilamsız icra takibine başlanması durumunda, ilgili icra

⁴⁵ İnceoğlu, (n. 4) 434, Aydoğdu ve Kahveci, (n. 6) 618; Doğan, (n. 4) 196.

dairesi tarafından taşınmazın on beş gün içinde tahliye edilmesi ve kiraya verene teslim edilmesine dair tahliye emri hazırlanması ayrıca kiracılara bu bildirim tebliğ edilmesi gerekmektedir. Kiracının tahliye talebine veya başlatılan icra takibine itirazı varsa, bu itirazları yedi gün içinde bildirmesi gerekmektedir. İtirazın yapılması başlayan takibin durmasına neden olacak ve takibi devam ettirmek isteyen kiraya veren icra hukuk mahkemesinde itirazın tebliğinden itibaren altı aylık süre içinde itirazın kaldırılmasını isteyecek (İİK m. 275) veya sulh hukuk mahkemesinde⁴⁶ itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde itirazın iptali ve tahliye davası açılabilir. Kiracı tahliye emrini almasına rağmen tahliye emrine itiraz etmezse veya kiracının itirazının kabul edilmemesi ya da bu itirazın reddedilmesi halinde ise kiralananın, tahliyesi söz konusu olacaktır⁴⁷.

Tahliye taahhünamesindeki imzanın kiracı veya kiracılar tarafından inkâr edilmemesi halinde, kiraya veren icra hukuk mahkemesine başvuru yaparak itirazın kaldırılması talebinde bulunabilecektir. Kiracının adi yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak başlatılan icra takibinde imzaya itiraz etmemesi halinde kiraya veren tarafından icra hukuk mahkemesinde açılacak davada kiracı imzanın kendisine ait olmadığını ileri süremeyecektir. Tahliye taahhünamesindeki imzanın kiracı tarafından itiraz yoluyla açıkça inkâr edilmesi halinde ise, kiraya veren tarafından itirazın kaldırılması talebi ya sulh hukuk mahkemesinde itirazın iptali yoluyla ya da tahliye davası açılarak ileri sürülmelidir.

05.04.2023 Tarihinde Resmî Gazete 'de yayınlanan 7445 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 37 hükmüyle, kira ilişkisinden kaynaklanan kira tespit ve tahliye davalarında zorunlu arabuluculuk şartı getirilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/B-1 düzenlemesi gereğince; "*Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar*" dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Kiraya verenin tahliye taahhüdüne dayanarak bir ay içinde sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, ilamsız icra yoluyla kiralananın tahliyesini hükmün dışında tuttuğundan, yazılı tahliye taahhünamesine dayalı olarak ilamsız icra yoluna başvurulmuşsa, dava şartı arabuluculuğa başvurulmayacaktır.

⁴⁶ Gümüş, (n.7) 414.

⁴⁷ Yıldırım Bayrak, 'İcra ve İflas Kanununa Göre Kiralanan Taşınmazların Tasfiyesi' in Hayrunnisa Özdemir (ed), *Kira Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 1011; Aydoğdu ve Kahveci, (n. 6) 694.

A. Tahliye Davasında Davacı

Tahliye davasını açabilecek olan kiraya verendir. Kiraya veren sıfatına sahip olmayan malikin⁴⁸, tahliye davası açması söz konusu olmayacaktır⁴⁹. Kiralanan taşınmazda kiraya verenler taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahip iseler yani kiraya veren sıfatına birden çok kişi sahipse⁵⁰ tahliye davasının açılması bakımından pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınmalıdır. Kiraya verenlerin kiralanda elbirliği halinde malik olmaları halindeyse maliklerin oybirliğiyle alacakları karara dayanarak tahliye davası açması gerekmektedir⁵¹. Kiralanan taşınmaz bakımından kiraya verenlerin elbirliği halinde malik veya paylı mülkiyet hakkına sahip oldukları durumlarda tek bir kiraya veren tarafından dava açılması halinde davanın reddedilmesi değil, diğer kiraya verenlerin de davaya davacı olarak dahil edilmesi gerekmektedir. Kira sözleşmelerinde kiralanan taşınmazın el değiştirmesi durumunda, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelecektir⁵². Bu durumda daha önce eski kiraya verene verilen tahliye taahhüdü nedeniyle yeni malikin de tahliye taahhütnamesine dayalı olarak tahliye davası açması⁵³ veya icra takibi başlatması mümkündür⁵⁴.

⁴⁸ Yargıtay 6. HD, 9993/1961, 14.03.2016: "...6098 sayılı TBK'nun 352. maddesine göre; taahhüt nedenine dayalı tahliye davasının mutlaka kiraya veren tarafından açılması gerekir. Kiraya veren durumunda olmayan malikin dava hakkı yoktur. Ancak yeni malik önceki malikin ve kiraya verenin halefi olarak eski malik zamanında verilmiş taahhüde dayanarak dava açabilir. Tahliye taahhüdü nedeniyle açılacak tahliye davasının TBK'nun 352/1 maddesi gereğince taahhüt edilen tarihi izleyen bir ay içinde açılması veya bu süre içinde taahhüde dayalı olarak icra takibi yapılmış olması gerekir..." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁴⁹ Zevkililer ve Gökyayla, (n. 13) 368.

⁵⁰ Yargıtay 6. HD, 1876/6837, 22.06.2011 "... davanın kiralayan tarafından açılması gerekirse de birden fazla kiralayan olması halinde kiralayanların tümü tahliye taahhüdüne dayalı tahliye davası açabilme elidir kiralayan anlardan birisinin tek başına dava açması mümkün değildir taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup hâkim tarafından resen ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalıdır..." <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2023.

⁵¹ İnceoğlu, (n. 4) 434, Akgün Akay, (n.15) 144.

⁵² Ceran, (n.4) 109; Atabekoğlu, (n.4) 172; İnceoğlu, (n.4) 434; Doğan, (n.4) 186; Erdem, (n.23) 499.

⁵³ "Kiraya veren, tahliye taahhüdüne dayalı olarak bir tahliye davası açtıktan sonra kiralananı başkasına devretmişse, bu durumda, Yargıtay uygulamasında, yeni malikin açılmış olan tahliye davasına devam edebilmesi için, dava hakkının da yeni malike devredilmiş olması aranmaktaydı (Y. 6. H.D., T. 03.04.1995, 2895/3602). Kiralananı devralmış olan yeni malikin, eski malike verilmiş bir yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak tahliye davası açması mümkün olmaktaydı (Y. 6. H.D., T. 25.04.1991, 5234/5536). 12.01.2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu konuda açık bir düzenleme getirmiştir. HMK m. 125/2 hükmüne göre; "Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder". Bu nedenle, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yeni malikin açılmış olan tahliye davasına devam edebilmesi için eski malikin, dava hakkını da yeni malike devretmiş olması aranmamalıdır." Delipınar, (n.14) 39-40.

⁵⁴ Yargıtay 6. HD, 9993/1961, 14.03.2016: "... taahhüt sebebine dayalı tahliye davasının mutlaka kiraya veren tarafından açılması gerekir kiraya veren durumunda olmayan malikin dava açma

B. Tahliye Davasında Davalı

Yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak tahliye davası açılması halinde, davanın davalısı kiracıdır. Birden çok kiracı var ve bu kişilerin tamamı kiracı sıfatına sahipse tahliye davası tüm kiracılara karşı açılmalıdır. Kira sözleşmesinin devri söz konusu ise tahliye taahhütnamesi yeni kiracı bakımından da geçerli olacaktır, tahliye davası yeni kiracıya karşı da açılacaktır. Kira sözleşmesinin kiralayan miras bırakanın ölümü sebebiyle mirasçılara devredilmesi halinde, kiraya verenlerin yerine mirasçıların geçmesi tahliye taahhütnamesinin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁵. Kiracının ölümü halinde kiracı tarafından verilen tahliye taahhütnamesi bakımından kiracının mirasçıları da verilen tahliye taahhütnamesine dayanarak kiralananın tahliye edilebilmelidir. Bu durumda yeni bir tahliye taahhütnamesi düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin alt kirayla devredildiği durumlarda ise kiraya verenin alt kira sözleşmesinin tarafı olduğu hallerde tahliye davasında alt kiracı da kiraya verenin yanında taraf sıfatına sahip olmalıdır.

C. Tahliye Davasının Açılma Süresi

Tahliye taahhüdüne dayanarak tahliye davası açılması Türk Borçlar Kanunu'nda hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Kiraya veren tahliye taahhüdünde belirtilen sürenin sonundan başlayarak bir ay içerisinde⁵⁶ dava açması veya tahliye talebinde bulunması gerekmektedir. Kiraya veren tahliye davası veya icra takibi başlatma isteğini, bir aylık hak düşürücü süre içerisinde kiracıya bildirim

hakkı yoktur ancak yeni malik önceki malikin ve kiraya verenin halefi olarak eski malik zamanında verilmiş taahhüde dayanarak dava açabilecektir. Tahliye taahhüdü sebebiyle açılan tahliye davasının taahhüt edilen tarihi izleyen bir ay içerisinde açılması veya bu süre içerisinde taahhüde dayalı olarak icra takibi yapılmış olması gerekmektedir..." <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁵⁵ Inceoğlu, (n.4) 434; Gümüş, (n.7) 327; Akçaal, (n.5) 973.

⁵⁶ Yargıtay 6. HD, 2874/2972, 25.03.2015: "... Taraflar arasında düzenlenen 01/09/1999 tarihli, on yıl süreli kira sözleşmesi ve 01/04/2004 tarihli kira sözleşmesinin tadiline ilişkin ek protokol hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflarca, 01/09/1999 tarihli kira sözleşmesinden sonra 01/04/2004 tarihinde yapılan protokol ile önceki sözleşme konusu olan kiralanan yere ilaveten zemin kattaki 227 m² büyüklüğündeki bölüm ve bodrum kattaki 84 m² büyüklüğündeki bölüm dahil edilerek kira süresi on yıl olarak uzatılmış, kira sözleşmesinin sonu 01/04/2014 tarihi olarak belirlenmiştir. Bu sözleşmede, kira süresinin bitiminde, kiracının kiralananı tahliye edeceği hükmüne yer verilmiş olup, kiralananın davalı tarafından sözleşme süresi sonunda tahliye edileceği taahhüt edilmiştir. Tahliye taahhüdü nedeniyle açılacak tahliye davasının TBK'nun 352/1 maddesi gereğince taahhüt edilen tarihi izleyen bir ay içinde açılması veya bu süre içinde taahhüde dayalı olarak icra takibi yapılmış olması gerekir..." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

yoluyla iletirse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış kabul edilecektir⁵⁷. Kiracının dava açma süresini bir kira yılı için uzatabilmesinin ön koşulu, ihtarin bir aylık süre içerisinde kiracıya ulaşmış olması şarttır⁵⁸.

D. Tahliye Davasının Sonuçları

Tahliye emrini alan kiracı veya kiracılar tahliye emrine karşı yedi gün içerisinde itiraz etmezlerse takip kesinleşecektir. Tahliye emrinin tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde kiracı kiralananı tahliye etmezse, icra dairesi tarafından zorla tahliye edilerek kiraya verene kiralanan teslim edilecektir. Kiracının adi yazılı şekilde hazırlanmış olan tahliye taahhüdündeki imzaya veya tarihe açıkça itiraz edebilmesi mümkündür. İcra takibine itiraz halinde kiraya veren altı ay içerisinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabileceği gibi bir yıl içerisinde itirazın iptali davası da açabilecektir.

İtiraz ispat edilemezse icra mahkemesi itirazın kaldırılmasına karar verecektir. Ayrıca tahliye kararı vermesine gerek yoktur. Kiracının konut veya çatılı iş yerini tahliye etmemesi halinde icra dairesi tarafından zorla çıkarılması söz konusu olacaktır.

Yazılı tahliye taahhüdünün varlığı halinde kiraya veren icra dairesine başvuru veya sulh hukuk mahkemesinde dava açmak suretiyle kiralananın tahliyesini talep edebileceğine göre, kira sözleşmesinin tahliye günü olarak belirtilen tarihte kendiliğinden sona erip ermeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Öğretide bir görüşe göre⁵⁹, geçerli bir yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak, tahliye tarihinden itibaren bir ay içinde kiraya veren tarafından icraya başvuru yapılması veya dava açılmaması halinde tahliye taahhüdü artık geçersiz kabul edilmez. Tahliye tarihi geldiğinde kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini kabul edersek, bu sürenin gelmesiyle yazılı tahliye taahhüdündeki tahliye tarihinden itibaren bir ay içinde icra takibi yapılmaması ya da dava açılmamasının kendiliğinden ortadan kalkan kira sözleşmesine hiçbir etkisi olmayacağından bir anlamı da olmayacaktır. Dava açılmasa da icra takibi yapılmassa da sadece bu tarihin gelmesi üzerine kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş kabul edilmeliydi⁶⁰. Tahliye taahhüdü sadece kiracı ve kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirmek için harekete geçme olanağı vermelidir. Kiracı ve kiraya veren bu olanağı

⁵⁷ İnceoğlu, (n.4) 436; Gümüş, (n.7) 327.

⁵⁸ İnceoğlu, (n.4) 436; Gümüş, (n.7) 327.

⁵⁹ Sağlam, (n.38) 34 vd.

⁶⁰ Sağlam, (n.38) 34 vd.

kullanmazlarsa tahliye taahhüdü hükmünü kaybedecek ve taraflar arasındaki kira sözleşmesi geçerli kalmaya devam edecektir.

Öğretideki bir diğer görüş⁶¹, yazılı tahliye taahhütnamesine dayanarak kiracının kiralanan taşınmazdan tahliye edilmesine ilişkin olarak bu kira sözleşmesinin sona erme sebebinin TBK m. 352 hükmündeki dava yoluyla sona erdirmeye sebepleri arasında yer almasına rağmen kira sözleşmesinin sona ermesi için ya kiracının icra yoluyla kiralananı çıkarılmasını veya mahkemenin tahliye kararının kesinleşmesi halinde sözleşmenin sona ereceğini kabul etmektedir⁶². Yargıtay, yazılı tahliye tarihinden itibaren ecrimisil talep eden kiraya verenin talebini, tahliye kararının kesinleşmesinden önceki dönem için⁶³ reddetmiştir⁶⁴.

Öğretide bir diğer görüş, tahliye taahhütnamesine dayalı olarak tahliye davası açılması halinde kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmektedir⁶⁵. Davanın açılması, olarak kiracının haksız zilyet olarak nitelendirilmesine sebep olacaktır⁶⁶.

Kanaatimizce, tahliye taahhütnamesine dayalı başlatılan icra takibinin başarılı olması sonucunda veya tahliye taahhütnamesine dayalı açılan davanın olumlu sonuçlanması ve kesinleşmesi halinde kira sözleşmesi sona ermelidir. Tahliye taahhüdünün sadece kiraya vereni kiracıya karşı harekete geçiren bir yol olarak kabul etmek hakkaniyete daha uygun olacaktır.

⁶¹ Doğan, (n.4) 188.

⁶² Doğan, (n.4) 188.

⁶³ Yargıtay 3. HD, 13778/17232, 15.11.2007: "...6570 sayılı Yasa'nın madde 7/a hükmü uyarınca kiralayan; "kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen tahliye edilmezse icra dairesine müracaatla tahliye isteyebileceği gibi, tahliye davası açabilir". Bu halde tahliyenin taahhüt edildiği tarihte kiracı tahliye etmediği takdirde ifanın gecikmiş olması bahis konusu olup, sözleşme henüz sona ermemiştir. Sözleşme dava sonucunda verilen tahliye kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir (Yargıtay 3. HD., 23.03.1998, 1577/3035; 05.04.2001, 1939/4178). Bu bakımdan tahliye ilamı inşai (kurucu) niteliktedir ve haksız işgal tazminatına anılan kararın kesinleşmesinden sonra hükmetmek gerekir. Mahkemece tahliye taahhütnamesinde gösterilen tarihten itibaren ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir..." <www.sinerjihukuk.com.tr> Erişim Tarihi 16 Kasım 2023.

⁶⁴ Yargıtay 3. HD, 1577/3035, 23.03.1998 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15 Kasım 2023.

⁶⁵ Yazara göre, yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliğini, ikale sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu ikale sözleşmesi hem kanuni bir şartta hem de vadeye bağlanmış olduğunu ileri sürülmektedir. Burada, vade, kiracının kiralanan taşınmazı boşaltmayı taahhüt ettiği tarihtir. Kanuni şart ise, kiraya verenin tahliye taahhüdünde belirtilen vadeden itibaren bir ay içerisinde tahliye talep etmesidir. Kiraya verenin süresinde dava açmasıyla birlikte şart gerçekleşmiş olur ve kira sözleşmesi sona erer. İlgili görüş için bkz. İnceoğlu, (n.4) 424, 438.

⁶⁶ İnceoğlu, (n.4) 438.

SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 352/1 hükmünde düzenlenen yazılı tahliye taahhüdü; geçerlilik şartları, boş olarak düzenlenmesinin hukuki sonuçları ve son dönemlerde yazılı tahliye taahhüdüne konu olan konut ve çatılı iş yeri kiralananın aile konutu olması gibi farklı tartışmalarında gündeme gelmesine neden olmuştur.

Tahliye taahhüdünün tartışmalara neden olmasında yargı kararlarındaki istikrarsızlık da etken olmaktadır. Yazılı tahliye taahhüdünün boş olarak düzenlenmesi, tarihin sonradan atılması, aile konutu olarak yazılı tahliye taahhüdüne dayalı kiralananın tahliyesi yoluna gidebilmek için aile konutunun tespiti davası açılıp açılmayacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması zorunludur.

Yazılı tahliye taahhüdünün kiracı tarafından verilmesi gerekmektedir. Tahliye taahhüdünün en azından adi yazılı şekilde yapılması zorunludur. Tahliye taahhüdünün belirli bir ifadeyi içermesi ise zorunluluk olarak düşünülmemelidir. Tahliye taahhüdünden kiracının kiralananı belirli bir tarihte boşaltmayı taahhüt ettiği anlaşılıyor ise kiracının bu taahhüdü özgür iradesiyle verdiği kabul edilerek geçerli sayılmalıdır.

Tahliye taahhüdünün belirli bir tarihi içermesi zorunludur. Bu tarihin kiralananın teslimi ve kira sözleşmesinin yapılmasından sonra olması gerekmektedir.

Tahliye taahhütnamesinin koşula bağlanıp bağlanamayacağı ve cezai şart içerip içermeyeceği de tartışılmıştır. Yargı kararlarında son dönemlerde aile konutu olarak kullanılan kiralanan bakımından tahliye taahhüdünün tek bir eş tarafından düzenlenmesi halinde kiralaanın tahliye taahhüdüne dayanarak kiralananın tahliyesini istemesi halinde diğer eşin kiralananın aile konutu olduğuna ilişkin aile konutunun tespiti davası açıp açamayacağı da tartışma konusu yapılmıştır. Kanaatimizce, kiracı olmayan eş tarafından bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeyerek diğer eş ya da ev sahibine yöneltilecek aile konutu tespiti davasında, TMK m. 194/son ve TBK m. 349 hükümlerindeki düzenlemeler gereğince, kiralanan konuta ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceğinden ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olacağından; davacının ev sahibine yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelip; ev sahibinin fesih hakkını kullanma ihtimalinde kira sözleşmesini feshettiğini sözleşmenin tarafı olan diğer eşe de yöneltmesi gerektiğinden, kira sözleşmesine taraf olmayan eş tarafından aile konutunun tespitine yönelik açılan davalarda hukuki yararının olmadığı, davacının TMK m. 194/son hükmünde belirtilen korumayı ancak ev sahibine yapacağı bildirimle sağlayabileceği değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akcaal M, 'Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri' (2022) 12 (2) SDÜHFD 949- 979
- Akgün Akay M, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri*, (Seçkin Yayıncılık 2016)
- Akıntürk T ve Ateş Karaman D, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, (Beta Yayıncılık 2013)
- Akyiğit E, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, (Seçkin Yayıncılık 2012)
- Altıntop M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye' (2014) 5 (19) TAAD 517-542
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023)
- Armutçuoğlu CY, 'Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği' (2011) 17 (1-2) MÜHFHAD, 413-436
- Atabekoğlu F, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi' (2013) 9 (103-104) BÜHFHHD, 171-182
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Bayrak Y, 'İcra ve İflas Kanununa Göre Kiralanan Taşınmazların Tasfiyesi' in Hayrunnisa Özdemir (ed), *Kira Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022)
- Burcuoğlu H, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi* (Filiz Kitabevi 1993)
- Ceran M, *Kira Sözleşmesi Tahliye* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2012)
- Delipınar YC, *Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Doğan M, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Adalet Yayınevi 2011)
- -, 'Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu' (2002) 6 (1-2) AÜEHFD 285-300
- Erdem M, 'Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı' (2016) 11(145-146) BÜHFD 481-506
- Erdoğan M, 'Kira Süresinin Sona Ermesi ve Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye' (2014) 1 (1) NBD 183-210
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2023)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012)

- -, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri (Vedat Kitapçılık 2012)
- İnceoğlu, M, *Kira Hukuku*, Cilt 2 (On İki Levha Yayıncılık 2014)
- İpek E, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler' (2012) 102 TBBD 59-92
- Köse Y, 'Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Tahliye Davası' in Hayrunnisa Özdemir (ed), *Kira Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022)
- Öztürk M, 'Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri' (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı) 1549- 1595
- Sağlam İ, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşacak Sorunlar' (2023) 11(1) SÜHFD 29-47
- Şıpka Ş, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)* (Beta Yayıncılık 2004)
- -, 'Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları' (2015) 35(1) MÜMHMÖHB, 47-58
- Yalman S, 'Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü' (2005) 13(2) SÜHFD 7-22
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2022)
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (21. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021)

İnternet Kaynakları

<www.kazancı.com>

<<https://legalbank.net/>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat>>

Haciz İhbarnamelerine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇON^(**)
Arş. Gör. Tuğba KOYUN^(***)

Öz

İcra müdürü talep üzerine borçlunun haczi kabil malvarlığında olup da üçüncü kişilerin uhdesinde bulunan bazı şartları haiz taşınır mal, hak veya alacaklarının haczedildiğine dair üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi göndermektedir. Üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi ile başlayan süreçte üçüncü kişiye tanınan hukukî imkânlar ile yükümlülükler sebebiyle uygulamada birtakım uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesinden sonra ortaya çıkan uyumsuzluklara ilişkin bazı yargı kararları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İcra Takibi, Haciz İhbarnamesi, Üçüncü Kişi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.10.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 11.12.2023.

Atıf Şekli: Ömer Çon ve Tuğba Koyun, 'Haciz İhbarnamelerine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1517, 1544.

DOI: 10.52273/sduhfd..1381971.

Bu çalışma, Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönergesi'ne göre yüksek lisans mezuniyet şartının yerine getirilmesi için hazırlanmıştır.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: omercon@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8982-1336>.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: tugbakoyun@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4444-9822>.

Evaluation of a Selection of Judicial Decisions Relating to Lien Notification

Abstract

Upon request, the enforcement officer sends a lien notification to third parties stating that the debtor's movable property, rights or receivables that meet certain conditions and are held by third parties, which are in the debtor's seizable assets, have also been seized. In Turkish practice, in the process that begins with the sending of a lien notification to a third party, some disputes arise due to the legal opportunities and obligations granted to the third party. In this study, some judicial decisions regarding disputes that arose after a lien notification was sent to a third party will be evaluated.

Keywords

Enforcement Proceedings, Lien Notification, Third Party.

Extended Summary

According to the Code of Turkish Enforcement and Bankruptcy Law, if the debtor's receivable right or goods that do not belong to the bearer in the third party or are not based on an endorsable deed are seized, a lien notification is sent to the third party. Pursuant to the order of the enforcement director, third parties are obliged to provide information and to deliver this property to the enforcement office in accordance with the procedure. Without prejudice to some exceptions, the process of lien notifications is the stage where the necessary notifications are made to third parties about this matter.

In the preparation phase of this study firstly, the decisions of the Turkish Court of Cassation and the Turkish Regional Court of Justice published on lien notifications (especially after 2020) have been classified. As a result of this classification, the headings that we believe to be important for the explanation of the subject are; the addressee of the lien notifications, the notification to the addressee, the actions taken by the addressee upon the notice and the effect of these actions on the enforcement proceedings. In the discussion on lien notifications around the said issues, general information on lien notifications is given in the first section. In the second part, court decisions that we consider to be important and current in terms of lien notifications are discussed. The court decisions are discussed within the framework of previous court decisions and the opinions in the doctrine.

Analyses of court decisions draw attention to the following:

- It is possible for the capital debt that the company partners undertake to pay to the company due to the debt of the limited liability company to be subject to lien notifications. It has been discussed in the doctrine for many years whether the capital debt owed by the partners to the company can be seized by the company's creditors within the scope of the company's debt. This issue has been discussed in the doctrine generally by taking into account the legal regulations that the capital debt must be paid directly to the company and the relations between the company partners. In the decisions of the Turkish Court of Cassation, an assessment has been made on the issue of whether the capital debtor had in the position of a third party with respect to the company. In this sense, the analysis of the partner's debt to the company in terms of substantive law is sufficient to find the answer to be preferred in terms of legal security.
- In the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, it is necessary to make a clear regulation on the form of the objection and the costs to be charged in terms of the objections to be made by third parties upon the lien notifications (as in Article 62 of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy or by reference to this article). In this regard, the existence of different practices and court decisions regarding whether third parties may file objections to lien notifications by post or not undermines legal security. In the court decision analysed, the validity of the public institution, which is a third party, notifying the execution office of its objection to the lien notification by mail is particularly emphasised and the courts' evaluations on the subject are criticised.

- The parties to the enforcement proceedings are the creditor and the debtor. If the third party to whom the lien notifications are sent does not object to the notification or do not pay the debt, the debt subject to the notice will be collected from his/her own seizable assets. As understood from the court decisions in practice, the third party who does not object to the notification or does not pay the debt is added to the enforcement proceedings file as the proceedings debtor. However, the third party is not a party to the proceedings. The addition of third parties as debtors to the enforcement file upon their inactivity in the face of lien notifications continues to be a problem that should be prevented, as it brings along many theoretical and practical issues.
- During the lien notifications process, it is possible for a third party to file a negative declaratory suit against the enforcement creditor. The Code of Turkish Enforcement and Bankruptcy Article 89 stipulates a special jurisdiction rule regarding negative declaratory cases. However, the said article does not contain any regulation regarding the competent court. In the court decision reviewed, it has been emphasised whether the fact that the legal relationship between the parties to the enforcement proceedings is of a commercial business nature can be taken as a basis in determining the competent court in the negative determination lawsuit to be filed by the third party to whom the attachment notice was sent to the enforcement proceedings. In this regard, it should be noted that it is not appropriate to determine the competent court by taking into consideration the relationship between the parties to the proceeding to which the third party is not a party.

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'na¹ (İİK) göre icra takibinde borçlunun malları haczedilir ve buna dair haciz ihbarnamesi üçüncü kişilere gönderilirse, üçüncü kişilerin kendi uhdelerinde olan haczi kabil malvarlığı hakkında icra müdürünün emri gereğince bilgi verme ve bu malvarlığını usulünce icra dairesine teslim etme yükümlülüğü söz konusu olur. Haciz ihbarnameleri süreci², bir kısım istisnalar saklı kalmak kaydıyla³ bu husus hakkında üçüncü kişilere gerekli bildirimlerin yapıldığı aşamadır.

Bu çalışmanın hazırlık aşamasında öncelikle haciz ihbarnameleri hakkında yayınlanmış (özellikle 2020 yılından sonraki) Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkeme kararları tasnif edilmiştir. Bu tasnif neticesinde önemli olduğu kanaatine vardığımız konular, haciz ihbarnamelerinin muhatabı, muhataba yapılacak tebliğ, muhatabın ihbarname üzerine yaptığı işlemler ve bu işlemlerin icra takibine etkisidir. Belirtilen bu konular etrafında haciz ihbarnameleri hakkındaki tartışmada, serencamın bozulmaması adına öncelikle birinci bölümde genel hatlarıyla haciz ihbarnameleri hakkında genel bilgilere yer verilmiştir. Ardından ikinci bölümde haciz ihbarnameleri bakımından önemli ve güncel olduğunu düşündüğümüz mahkeme kararları tartışılmıştır.

I. HACİZ İHBARNAMELERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

İcra takibi kesinleşip haciz aşamasına geçildiğinde (veya ihtiyati haciz kararını tamamlayan merasimde⁴), alacaklının talebi üzerine borçlunun borca yeter

¹ İcra ve İflâs Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG, 19.6.1932/2128.

² İİK m. 89'un başlığı *Alacaklar ve Üçüncü Şahıs Elinde Haczedilen Mallar Hakkında*'dır. Söz konusu başlık, maaş ve ücret haczini de uhdesinde barındırması nedeniyle geniş bir çerçeveyi ifade eder. Birinci haciz ihbarnamesi ile başlayan işlemlerin tümüne dair kavramsal bir üst başlık tercih edilmemektedir. Kanaatimizce bunun sebebi ne İcra ve İflâs Kanunu'nda ne de İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nde bu şekilde bir üst kavramın yer almasıdır. "Haciz ihbarnameleri süreci" ifadesi, bu metinde İİK m. 89'da düzenlenen borçlunun üçüncü kişilerdeki malvarlığının haczi nedeniyle öngörülen tedbirleri, üçüncü kişilere bu hususun bildirilmesini ve sonuçlarını bütün hâlinde ifade etmek için kullanılan kavramsallaştırma iddiası olmayan niteleyici bir tabir olarak kullanılmıştır.

³ Maaş ve ücret haczinin yapılmasına dair İİK m. 83'de, m. 355 ve m. 356'da yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde farklı bir rejime tâbi olduğu görülmektedir. (Ayrıca bkz. Yargıtay 12 HD, 1829/2106, 03.03.2020, <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2023). Ayrıca hamiline ait bir senedin ya da cirosu kabil bir kıymetli evrakın haciz ihbarnameleri sürecinden ayrı tutulduğu görülmektedir (İİK m. 89/1, c. 1).

⁴ İİK m. 261'de ihtiyati haczin icrası bakımından m. 79 ila m. 99 arasındaki hükümlere atıf yapılmıştır. Dolayısıyla ihtiyati haczin icrası nev'inden İİK m. 89'a göre üçüncü kişilere haciz ihbarnameleri gönderilmesi mümkündür. İsviçre icra ve iflâs hukukunda ihtiyaten üçüncü şahsın

miktarda haczi kabil malvarlığı haczedilir⁵. Alacaklı, borçlusunun üçüncü kişilerde haczi kabil bir alacağı olduğunu iddia eder bunun haczedilmesini isterse, icra müdürlüğünce üçüncü kişiye, bu alacağın haczedildiğini bildiren birinci haciz ihbarnamesi gönderilir (İİK m. 89//I, II ve İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği⁶ (Yön.) m. 42). İhbarname ile üçüncü kişiye, yedi gün içinde ihbarnamedeki alacağını icra müdürlüğüne ait banka hesabına ödeyebileceği veya aynı sürede böyle bir borcunun bulunmadığına dair itirazda bulunabileceği, aksi halde borcun zimmetinde sayılacağı bildirilir (İİK m. 89/II, Yön. m. 42/IV). Bu bilgilendirme ile aynı zamanda üçüncü kişinin bilgi verme, malı teslim etme veya borcu ödeme yükümlülüğü de doğar⁷. Borcu ödemeyen veya itiraz etmeyen üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir (İİK m. 89/III, Yön. m. 43). Bu ihbarname ile ayrıca yine yedi günlük sürede borcu olmadığına dair itirazda bulunması veya aynı sürede borcu icra müdürlüğüne ödemesi gerektiği hususu bildirilir. Üçüncü kişi, itiraz etmez veya zimmetinde sayılan borcu ödemezse kendisine üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir (İİK m. 89/III ve Yön. m. 44). Üçüncü kişi, bu ihbarnamenin tebliğinden itibaren 15 gün içinde borcu ödeyebileceği gibi borcun zimmetinde olmadığına dair menfi tespit davası da açabilir⁸. Aksi halde borcun üçüncü kişinin

elindeki alacakların haczi için ayrıca bkz. [İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (Schuldbetreibungs und Konkursgesetz (SchKG), Beschluss: 11.04.1889, Inkrafttreten: 01.01.1892, [S281.1 AS 11 529] m. 275. Bkz. André E. Lebrecht, 'Art. 99' in Thomas Bauer und Daniel Staehelin (eds) *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2. Aufl., LichtenhahnVerlag, Basel 2017) (BSK SchKG-Lebrecht, Art. 99) N. 9].

⁵ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, (5. Baskı, İstiklal 1960) 71; İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, (4. Baskı, Fakülteler 1982) 290; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, (5. Baskı, Yaylacık 1990) 178; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt:1*, (6. Baskı, Adalet 2014) 504; Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nehvis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, (8. Baskı, Beta 2021) 165; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2022) 189; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, (8. Baskı, Yetkin 2022) 296; Abdurrahim Karanlı, *İcra ve İflas Hukuku*, (4. Baskı, Filiz 2022) 492; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (9. Baskı, On İki Levha 2022) 162; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Seçkin 2022) 148; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Yetkin 2022), 128, Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (7. Baskı, Adalet 2022) 143 vd.

⁶ RG. 11.04.2005 S. 25783.

⁷ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, (Adalet 2010) 279 vd Ramazan Arslan, 'Borçlusunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiye Bildirilmesi ve Sonuçları' (2016) 65 (4) AÜHFD 3217, 3221; Burcu Hendem, 'İcra Hukukunda Haczin Tamamlanması Meselesi' (2023/2) 19 (55) MİHDER 447, 470. BSK-Lebrecht SchKG Art. 91 N. 24. Kurz Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz-Winkler, Art. 91 N. 15, 16.

⁸ Örn. Yargıtay 12 HD, 5588/1514, 15.2.2021, MİHDER (2021/3) 17 (50) 110.

zimmetinde olduğu kabul edilir. Dava açarsa, dava açtığını gösterir belgeyi bildirimden itibaren 20 gün içinde icra müdürlüğüne sunmalıdır (İİK m. 89/III, Yön. m. 44).

Üçüncü kişi ihbarnameye süresinde itiraz ederse alacaklı, itirazdaki hususların aksini icra mahkemesinde ispatlayarak üçüncü kişinin İİK m. 338/I uyarınca cezalandırılmasını talep edebilir. Alacaklı ayrıca borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesini de talep edebilir. İcra mahkemesi tazminat talebini genel hükümler çerçevesinde inceleyerek karara bağlar (İİK m. 89/IV). Üçüncü kişi, şartları varsa ihbarnameye karşı gecikmiş itirazda (İİK m. 65) bulunabilir (İİK m. 89/V).

Haciz ihbarnameleri süreci ile ilgili birkaç temel husus vardır: Haciz ihbarnamesi gönderilmesi haczin tekemmülünden (İİK m. 85) sonra⁹ söz konusu olan bir icra takip işlemidir¹⁰. Çünkü ihbarnameye konu alacağın haczi, icra müdürünün haciz kararı verip bunu tutanağa geçirdiği anda gerçekleşir¹¹. Üçüncü kişiye gönderilen bu ihbarname, alacağın haczedildiğini ve bundan sonra ihbarnamede bildirilen icra müdürlüğü hesabına ödenmesini emreden bir muhafaza tedbiridir¹². Haciz ihbarnameleri sürecinde önem arz eden bir diğer husus ise borçluya

⁹ Öğretideki bir görüşe göre, haciz icra memurunun mahcuz malı haczedip tutanağa geçirdiği anda tekemmül eder. Diğer görüşe göre ise icra memurunun haciz iradesinin haricileşmesiyle tekemmül eder. Bkz. Postacıoğlu (n 5) 293; Üstündağ (n 5) 183; Cenk Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, (Yetkin 2013) 52; Muşul (n 5) 506; Yıldırım ve Deren Yıldırım, (n 5) 173.

¹⁰ Yavaş, (n 8) 58; Akil (n 8) 166; Aziz Serkan Aslan, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin 2018) 119; Orhan Eroğlu, 'Haciz İhbarnamesine İtiraz Üzerine Uygulanacak Yargılama Usulü ve Yargılama Sonunda Tayin Edilecek Tazminatın Miktarı' (2017) 12 (132) Terazi Hukuk Dergisi 44, 46; Oğuz Atalay, 'Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler', in Muhammet Özekes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 129; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020) 195; Umar haciz ihbarnamesi gönderilmesi işleminin fer'i takip bakımından icra takip işlemi niteliğinde olduğunu, takip borçlusu bakımından icra takip işlemi niteliğinde olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal 1973) 200. Aynı yönde bkz. Hakan Hasırcı, *İflâsın Takiplere Etkisi* (On İki Levha 2021) 194.

¹¹ Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi, alacaklının talebi üzerine haczedilip tutanağa geçirilmesi ile tekemmül eder. Bkz. Üstündağ (n 5) 248; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)* (Arıkan 2005) 55; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 225. Aksi yöndeki görüş için bkz. Karlı (n 5) 354; Baki Kuru, 'İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler' (2003) 47 Bankacılar Dergisi 59, 61.

¹² Ansay (n 5) 79; Üstündağ (n 5) 248; Akil (n 8) 52; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 225; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 5) 327; Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 5) 172; Hakan Pekcanitez ve Mehmet Emin Alpaslan, 'Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mallarının Hacine İlişkin Sorunlar' (2023) XX (2) YÜHFD 289, 291.

yüklenen haczi kabil malvarlığını icra müdürlüğüne bildirme ve gerektiğinde icra müdürlüğüne teslim etme yükümlülüğü gibi bir yükümlülüğe üçüncü kişinin de tâbi tutulmasıdır. Üçüncü kişi bu yükümlülüğü doğrultusunda örneğin kendisine gönderilen ihbarnameye itiraz ederken gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tazminata mahkûm olacaktır (m. 89/IV). Dolayısıyla üçüncü kişi dürüst davranma ve gerçeği söyleme yükümlülüğü altındadır¹³. Haciz ihbarnamelerine¹⁴ cevap vermemesi durumunda borcun üçüncü kişinin zimmetinde sayılması, bundan sonraki işlemler ve üçüncü kişiye yüklenen sorumluluklar bakımından farklı bir önem arz etmektedir.

Haciz ihbarnamesi göndermenin icra takip işlemi niteliğinde olması, işlemlerin sıhhati ve etkisi bakımından bağlı olduğu haciz işlemi tartışmanın merkezine almayı gerektirir. Bu anlamda talep üzerine icra müdürlüğünün işlem yapmaması, ihbarnameden önce tekemmül eden haciz işleminin şikâyeteye konu olması, üçüncü kişiye yöneltilen talebin konusu bakımından haczedilmezlik iddiaları tartışılabilir.

Haciz ihbarnamelerinin üçüncü kişiye karşı etkili olabilmesi için Tebligat Kanunu'na uygun tebliğ edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki haciz ihbarnamelerinin tebliğinden doğan problemler sonraki ihbarnamelerin sıhhatini de zedeleyebilmektedir. Çünkü Tebligat Kanunu m. 32 uyarınca usulsüz tebligat¹⁵ durumunda öğrenme ile haciz ihbarnamesinin sonuçları doğar. Yok hükmünde tebligat¹⁶ söz konusu ise haciz ihbarnamesinin sonuç doğurması için yeniden gönderilmesi

¹³ Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S 1989) 135; Erdal Tercan, 'Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü' (1996) 5 (1-2) SÜHFD 181, 187; Akil (n 8) 180 dn 428; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 5) 29; Efe Direnisa, 'Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme' (2022) 12 (1) SDÜHFD 330, 345.

¹⁴ Ayrıca bkz. Yön. 42 vd ve Örnek no 20-21-21a.

¹⁵ Usulsüz tebligat, Tebligat Kanunu (TebİK) ile Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te (TebLYön) öngörülen usule aykırı yapılan tebligattır. Bu tebligat, muhatabın tebligatı öğrendiği tarihte geçerli hale gelir. Muhatabın tebligatı öğrenme tarihi olarak beyan ettiği tarih, tebligat tarihidir (TebİK m. 32; TebLYön m. 53).

¹⁶ Yazılı bildirim ve belgelendirme unsurlarından birinin mevcut olmaması halinde bu tebligat yok hükmündedir. Muhatap bu unsurlardan birini içermeyen tebligatı öğrense dahi yokluk giderilemeyeceği için TebİK m. 32'de öngörülen tebligata ilişkin sonuçlar ortaya çıkmaz. Bkz. Güray Erdönmez, 'Usul İşlemleri' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2017) 540 vd Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2023) 306.

gerekir. Konuyla ilgili tebligatın elektronik yolla yapılması hakkında verilen ve toplu ihbarname gönderilmesi hakkında verilen kararlar göze çarpmaktadır¹⁷.

Kanun koyucu İİK m. 89’u “*alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar*” başlığı altında şekil şartları belirli ve kapsamlı şekilde düzenlemiştir. Gerçekten bu haliyle İİK m. 89 Türk hukukuna özgüdür¹⁸. Fakat maddedeki çerçeveyi oluşturan üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi işlemi ve ihbarname ile üçüncü kişiye yüklenen yükümlülükler (bilgi verme- ilgili hakkı/malı muhafaza etme ve teslim), İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de yer almaktadır. Zira üçüncü kişilerdeki malların ve alacakların haczi için etkin ve aynı zamanda menfaat dengesine¹⁹ uygun bir uygulama ancak bu çerçevede hayata geçirilebilir görünmektedir.

İsviçre hukukunda İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 91’de borçlunun mal beyanında bulunmamasına dair yaptırımların düzenlendiği fıkralardan sonra dördüncü fıkrada borçlu ile aynı kapsamda üçüncü kişilerin de beyanda bulunma yükümlülüğünün olduğu hükme bağlanmıştır²⁰. Aynı zamanda öğretilerde konuyla ilgili tüzel kişinin merkezine yapılan ihbarnamelerin şubeleri de kapsayacağı İsviçre Federal Mahkemesi’nin kökleşmiş içtihatlarına da atıf yapılarak (Ör. BGE 129 III 230) kabul edilmektedir²¹. Farklı olarak ihbarnamelerin gönderilmesi bakımından delillendirilebilmek kaydıyla şekil serbestisi göze çarpmaktadır²². Yine üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmesinin hak veya mal üzerinde bir tedbir niteliğinde olması nedeniyle ihtiyati haciz uygulamasında da söz konusu olabileceği belirtilmektedir²³. Üçüncü kişiye ikinci ve üçüncü haciz ihbarnameleri adıyla ihbarname gönderilmese dahi üçüncü kişinin kendi üstün hakkını ispat etmek için menfi tespit davasını ya da istihkak davasını açmaması durumunda mükerrem ödeme ihtimaliyle ve cezai yaptırımlarla karşı karşıya olduğu

¹⁷ Evren Koç, *Tebliğat Hukuku* (Sümer 2023) 37. İbrahim Özbay, Nagehan Okumuş ve Bediye Tuğçe Yalın, *Tebliğat İhlalleri*, (Seçkin 2023) 59. İsviçre’de üçüncü kişilere elektronik tebligat ile ihbarnamenin gönderilmesi bakımından ayrıca bkz. KUKO-Zopfi, SchKG Art. 99 N. 10. Markus Zopfi, ‘Art. 99’ in Daniel Hunkeler (ed) *Kurskommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014)

¹⁸ Postacıoğlu (n 5) 421.

¹⁹ Çiftçi (n 6) 279 vd

²⁰ Konuyla ilgili ayrıca bkz. Meier-Dieterle Felix C. und Keller Selim, *Der Arrestvollzug bei Banken*, (62/2023) ZZZ 146, 152. Zürich, Obergericht, PS200123 vom 20.08.2020 E. 4.8.

²¹ BSK-Lebrecht, SchKG Art. 91 N. 25.

²² BSK-Lebrecht, SchKG Art. 99 N. 4. KUKO-Zopfi, SchKG Art. 99 N. 10.

²³ BSK-Lebrecht, SchKG Art. 99 N. 1. KUKO-Zopfi, SchKG Art. 99 N. 4.

belirtilmektedir²⁴. Ancak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda ne menfi tespit davaları hakkındaki düzenlemelerde ne istihkak davası hakkında düzenlemelerde ne de üçüncü kişilerdeki haklara dair alınacak tedbirlere dair m. 99'da Türk hukukundaki gibi spesifik bir düzenleme bulunmaktadır.

Üçüncü kişilere yapılan bildirimlerin İsviçre Hukukunda ve Türk hukukunda farklı görünmesi iki türlü gerekçelendirilebilir. Bunlardan ilki, ekonomik krizler nedeniyle Türk hukukunda haciz ihbarnamelerinin muhatabının yalnızca kurumsallaşmış tüzel kişiler olmadığı ve hatta avukatla temsil dahi edilmeyen gerçek kişiler olmasından kaynaklı üçüncü kişilerin korunması için hukuki güvenlik ilkesi özelinde bir standarda duyulan ihtiyaçtır²⁵. Diğer İsviçre hukukunda üçüncü kişiler ile borçlu arasındaki maddi hukuk ilişkilerinin nicelik ve nitelik olarak sürekli revize edilebilir nitelikte olmasına ayrı bir önem atfedilmesidir.

Alman hukukunda üçüncü kişilerdeki hak ve borçların haczinin muhtemel durumlar ayrı ayrı somutlaştırılarak örneğin banka hesabının haczi kenar başlığı ile (m. 833a ve m. 850l) düzenlendiği görülmektedir. İsviçre hukukundaki gibi bir düzenlemenin ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlanması bakımından²⁶, nüfusu kalabalık ve iş yoğunluğu fazla bir ortamda hukuk güvenliğinin tesisi bakımından da Alman hukukundaki düzenlemelerin yerinde olduğu ifade edilmelidir.

II. SEÇİLEN KARARLAR

Haciz ihbarnamelerinin muhatabı, muhataba yapılacak tebliğ, muhatabın ihbarname üzerine yaptığı işlemler ve bu işlemlerin icra takibine etkisi konuları haciz ihbarnameleri sürecini oluşturan önemli unsurlardır. Bu başlık altında ilgili konular bakımından son dönemde verilen bazı kararlar değerlendirilmiştir.

A. Limited Şirket Ortağına İhbarname Gönderilmesi

Ticaret şirketi ortağı, sermaye koyma borcundan dolayı şirkete karşı sorumludur (TTK m. 128). Şirket ile ortak arasındaki bu ilişkinin haciz ihbarnameleri sürecindeki durumunu yansıtan kararlardan biri şöyledir:

²⁴ BSK-Lebrecht, SchKG Art. 99 N. 10.

²⁵ Kuru, 'İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler' (n 1) 61. Ayrıca bkz. Mesut Köksoy, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Adalet, 2008) 91.

²⁶ Türk hukuku bakımından kripto varlıklara dair İİK m. 89 ile bir çözüm örneği için bkz. Ayşe Ece Acar, 'Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları Yedindeki Kripto Paraların İcra ve İflâs Kanunu m. 89 Hükmü Kapsamında Haczi ve Paraya Çevrilmesi' (2023/2) 19 (55) MİHDER 419-446.

“Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, TMK anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre üçüncü kişi sayılır. TTK’nun yukarıda açıklanan maddeleri uyarınca, sermaye alacağının haczi mümkündür şirket ortakları, şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettikleri sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduklarından ve borçlu şirketin, şirket ortağındaki sermaye alacağının haczine engel yasal bir düzenleme de bulunmadığından anılan alacağın haczi mümkündür. Kaldı ki, borçlu şirketin, üçüncü kişi şirket ortağı nezdinde, sermaye borcu dışında tamamen özel hukuktan kaynaklanan ve paraya çevrilmesi mümkün İİK’nun 89. maddesi kapsamında haczedilebilecek nitelikte başkaca hak ve alacaklarının bulunabileceği de kuşkusuzdur.”²⁷.

İlgi: HGK 11.05.2016 tarih ve 2014/12-1078

“Limited şirketlerde, şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine sermaye koyma borcu olması, şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflas Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir. Şirket ortağı, şirket tüzel kişiliğine karşı üçüncü kişi konumundadır. Şirket borçlarından dolayı kural olarak ortaklık tüzel kişiliğinin sorumlu olması, ortağın, ortaklık tüzel kişiliğine göre üçüncü kişi sayılıp sayılmaması ile ilgili değildir. Ortak, şirket tüzel kişiliğine göre üçüncü kişidir ve ortaklığın, ortaklardan alacağının bulunması halinde, şirket alacaklıları, şirket ortağına bu alacaklar için üçüncü kişi sıfatıyla haciz ihbarnamesi gönderebilir (Uyar, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2006, s. 7603; Ayhan, Rıza: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992 s. 55; İyilikli, Ahmet Cahit: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2011 s. 177- 178).

Buna göre somut olay değerlendirildiğinde; alacaklı tarafından dava dışı borçlu S... Köy Tarım ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. aleyhine icra takibi başlatıldığı, takibin kesinleşmesi üzerine borçlu şirketin ortağı olan şikayetçi Ali H. Y.’a 26.08.2010 tarihli birinci haciz ihbarnamesi gönderildiği, birinci haciz ihbarnamesinin 31.08.2011 tarihinde şikayetçiye tebliğ edildiği, şikayetçinin haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmemesi sebebiyle 03.03.2011 tarihli ikinci haciz ihbarnamesinin gönderildiği, ikinci haciz ihbarnamesinin de 11.03.2011 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen şikayetçi tarafca itirazda bulunulmadığı, bunun üzerine şikayetçiye 13.08.2012 tarihli üçüncü haciz ihbarnamesinin gönderildiği, bu aşamadan sonra şikayetçinin, eldeki şikayet kanun yoluna başvurduğu anlaşılmaktadır.”

²⁷ 12. HD 21.04.2022 K. 2022/4970, aynı yönde 12. HD 08.03.2021 1662/2582, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

Yargıtay'ın yukarıda yer verilen Hukuk Genel Kurulu kararından önceki içtihatlarında, şirket alacaklısının şirkete karşı başlattığı icra takibinde sermaye koyma borcu bulunan ortağa haciz ihbarnamesi gönderilerek söz konusu para borcunun şirkete değil icra müdürlüğü hesabına ödenmesine dair haciz ihbarnamelerinin ortağın şirkete karşı üçüncü kişi konumunda bulunmadığı gerekçesiyle şikâyet üzerine iptaline de karar verilmekteydi²⁸. Yukarıda yer verilen kararda ise Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca gerçek kişi olan ortağın şirkete karşı ödemekle yükümlü bulunduğu sermaye koyma borcu için haciz ihbarnamesi gönderilebileceğine karar verildiği görülmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da şirketin sermaye alacağının haczedilerek şirket alacaklısına ödenip ödenemeyeceğidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 128. maddesine göre, ortaklar usulüne uygun düzenlenen ve imzalanan şirket sözleşmesinde ödemeyi taahhüt ettiği sermaye koyma borcundan şirkete karşı borçludur. Mezkûr maddeden dolayı sermaye koyma borcunun şirket alacaklısı adına haczedilip haczedilemeyeceği hususu, öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ortağın şirkete sermaye koyma borcu çeşitli gerekçelerden ötürü üçüncü kişi tarafından haczedilemezken, diğer görüşe göre üçüncü kişi tarafından haczettirilebilir.

Sermaye alacağının haczedilemeyeceğini ileri süren görüşün dayanakları; şirket alacaklıları arasındaki eşit işlem ilkesini ihlal edeceği²⁹, Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye alacağının haczine imkân tanıyan düzenleme olmadığı aksine m. 128, 573 ve 602 uyarınca haczinin mümkün olmadığı, şirket ortaklarına şahsi başvurunun yasaklandığı³⁰, sermaye alacağının niteliği gereği devredilebilir bir

²⁸ Örn. Yargıtay 12 HD, 25881/31518, 24.12.2014, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 27 Eylül 2023; Yargıtay 12 HD, 26953/35276, 11.11.2013; Yargıtay 12 HD, 7870/16040, 26.04.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2023.

²⁹ Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler 1 Umumi Hükümler* (3. Baskı, Fakülteler 1960) 20; Halil Arslanlı ve Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt:III*, (Temel 1989) 446; Buket Sayın Önal, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, (3. Baskı, Adalet 2008) 83.

³⁰ Arslanlı, (n 34) 20; Arslanlı ve Domaniç (n 34) 444-445; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç 1973) 79; Rıza Ayhan, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu* (Kazancı Hukuk 1992) 65; Murat Alışkan, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal 2013) 123; Murat Alışkan ve Rifat Cankat, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi' in İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 168; Ferhat Kayış, 'Sermaye Ortaklıklarında Şirket Alacaklıları Sermaye Koyma Borcunu Yerine Getirmeyen Ortağa Başvurabilir mi?' (2022) 7 (3) *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 518 vd. Limited şirketlerde ortaklara şahsi başvuruya imkân tanıyan istisnai düzenleme için bkz. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35.

alacak olmadığı ve bu yüzden haczedilemeyeceği³¹, haczedilebileceğinin kabulü halinde şirket alacaklıları için asgari güvence teşkil eden esas sermayenin azaltılarak şirket malvarlığını korumaya ilişkin hükümlerin dolanılacağı³² şeklindedir.

Bir görüşe göre ise sermaye alacağı kural olarak haczedilemez ancak sınırlı hallerde haczedilebilir³³. Yazar söz konusu alacağın muaccel olup olmadığını dikkate alınması gerektiğini, ihbarname ile muacceliyet süresinin kısaltılmayacağını ifade etmiştir³⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki hem öğretide hem de içtihatlarla uygulamada müstakbel alacaklar için de haciz ihbarnamesi gönderileceği kabul edilmiştir. Ancak müstakbel alacaklara ilişkin haciz ihbarnamesi gönderilmesi o alacağı muaccel hale getirmez, alacak muaccel olduğunda ihbarnameye belirtilen banka hesabına ödenmesi talep edilir. Yoksa ihbarname ile alacağın muacceliyet tarihinin değiştirilmesi zaten söz konusu değildir³⁵.

Sermaye alacağının haczedilebileceğini savunan yazarlar ise TTK m. 128/1'deki "... *sadece şirkete karşı borçludur.*" ifadesi ile İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uyumsuz olduğu ve bu kısmın Türk Ticaret Kanunu'ndan çıkarılması gerektiği³⁶, sermaye alacağının haczedilemeyeceğini belirten kanuni bir düzenleme olmadığını³⁷, sermaye alacağının devredilemez nitelikte oluşu ile haczedilemezliğin birbiri ile ilişkili olmadığını çünkü haczedilemezliğin kanundan kaynaklandığını³⁸, sermaye alacağının şirketin pasifinde yer alan malvarlığı unsuru

³¹ Alışkan ve Cankat (n 35) 169.

³² ibid 169.

³³ Yazar sınırlı hâllere örnek olarak tüzel kişilik perdesini kendisine paravan kılarak hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek işlemlerle şirket alacaklılarını zarara uğratan ortaklara karşı haciz ihbarnamesi gönderilerek sermaye alacağının haczedilebileceğini sınırlı hâllere örnek göstermiştir. Bkz. Kayış (n 35) 519.

³⁴ ibid 520.

³⁵ Üstündağ (n 5) 247 dn 613; Yavaş (n 8) 168; Akil (n 8) 339; Muşul (n 5) 596; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 228; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 5) 184. Örnek yargı kararları için bkz. Yargıtay HGK, 139/624, 26.9.2012; Yargıtay 11 HD, 2705/800 26.1.2016; İstanbul 12 BAM, 2494/206, 16.2.2021; Kayseri 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 621/316, 20.4.2022 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 27 Eylül 2023.

³⁶ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (7. Baskı, On İki Levha 2012) 125.

³⁷ Yavaş (n 8) 166; Ahmet Cahit İyilikli, 'Haciz ihbarnamesi uygulamasında şirkete borçlu olan ortağın 3. kişi sıfatıyla sorumluluğu ve rucü ilişkisi' (2013) 1 (1) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 19, 24; Akil (n 8) 315; Gökçen Topuz, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi' (2010) *Fırat Öztan'a Armağan Cilt: II* 2105, 2110; Pınar Afiz, *Sermaye Şirketlerinde Sermaye Alacağının Haczedilebilirliği Sorunu* (Yetkin 2021) 66.

³⁸ Arslanlı ve Domaniç (n 33) 381-383; Afiz (n 42) 82.

olarak şirket alacaklılarının alacaklarına güvence teşkil ettiği ve bu alacağın haczi ile de alacaklılar korunmuş olduğundan malvarlığını koruyan kanuni düzenlemelerin dolanılacağı sonucuna varılamayacağını³⁹, kendisine ihbarname gönderilen ortak şirkete karşı ileri sürebileceği savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceğinden eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini⁴⁰ ayrıca eşit işlem ilkesinin ortaklık ile ortaklar arasındaki iç ilişkiye ilişkin olduğu⁴¹, bu itirazın ileri sürülmesini önlemek için tüm ortaklar için ileri tarihli bir ödeme tarihi belirlenmesi gibi bir çözüm getirilebileceğini⁴² ifade etmişlerdir.

Gerçekten de şirket alacaklılarının kural olarak ortaklara doğrudan başvurması mümkün değildir (TTK m. 128/1, m. 329 ve 573/2). Ancak haciz ihbarnamesi ile sermaye borcunun şirkete değil de icra müdürlüğü hesabına ödenmesini istemek, ortaklara doğrudan başvurulduğu anlamına da gelmemektedir. Çünkü borçlu ortak, şirket sözleşmesi ile söz konusu sermaye borcunu ödemeyi taahhüt ederek kendi malvarlığının pasifini şirkete karşı artırmaktadır⁴³. Haciz ihbarnamesi ise borçlunun üçüncü kişideki alacağının haczedildiği, bundan böyle söz konusu borcun yalnızca icra müdürlüğüne ait banka hesabına ödenmesi gerektiği ihtarına ilişkindir. Dolayısıyla şirket alacaklısının haciz ihbarnamesi aracılığıyla, ortaklığın malvarlığındaki aktif unsura başvurusu söz konudur. Nitekim kanunda sermaye koyma borcunun haczedilmesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. İİK m. 89 aracılığıyla, şirkete karşı sermaye koyma borcu altında bulunan ortağın şirkete karşı bu borçtan kurtulması da mümkün değildir. Üçüncü kişi, söz konusu borcunu bu borcu icra müdürlüğü hesabına ödediğinde borç sona ermiş olur⁴⁴. Son olarak Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu hükümleri arasında çatışma olduğu görüşüne⁴⁵ de katılmamaktayız. Zira şekli hukuk kuralı olan haciz ihbarnameleri süreci ile maddi hukuktaki hakkın içeriği veya özü değiştirilmiş olmaz. Bu sonuca yine ortağın borcunu icra müdürlüğü hesabına ödediğinde esasen şirkete ifa etmiş olmasından varılır.

³⁹ Afiz (n 42) 99.

⁴⁰ Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi' (1971) VI (1) BATİDER 57, 65; Topuz (n 42) 2111.

⁴¹ Çamoğlu (n 45) 62-63.

⁴² Afiz (n 42) s. 109.

⁴³ Çünkü nakdi sermaye koyma borcu sözleşmeden doğan bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bkz. Celal Göle, *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt* (Sevinç 1976) 35; Ayhan (n 35) 63. Dolayısıyla borçlandırıcı işlemin malvarlığına etkisi borçlu ortak ve alacaklı ortaklık bakımından da ortaya çıkar. Borçlandırıcı işlemin malvarlığına etkisi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (28. Baskı, On İki Levha 2022) 173.

⁴⁴ Umar (n 9) 201.

⁴⁵ Kayış (n 35) 518.

B. Üçüncü Kişinin Haciz İhbarnamesine Posta Yoluyla İtirazı ve Ayrıca Dosyaya Borçlu Olarak Eklenmesi

Haciz ihbarnamelerinin etkileri bakımından süreler hesaplanırken İİK m. 89'da yer alan hükümlerin yanında müddetler başlık İİK m. 19'un, müddetlerin değiştirilmesi başlıklı İİK m. 20'nin, sürelerin başlaması için öngörülen tebliğ işlemi bakımından Tebligat Kanunu'na atıf yapan İİK m. 21'in de gözetilmesi gerekir⁴⁶. Kural bu olmakla birlikte uygulamada sürelerin hesaplanmasında bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki kararda bu problemlerden biri tartışılmaktadır.

“Üçüncü şahsın posta yoluyla yaptığı itirazlarda itiraz tarihi postaya verildiği tarih değil itirazın muhatabı olan icra müdürlüğüne ulaştığı tarihtir. Posta yoluyla itiraz eden üçüncü kişi postadaki gecikmeleri dikkate almalıdır. Ne var ki cevap veren üçüncü şahıs kamu idaresi olup yapacağı posta harcamaları belli usule tabidir ve anında harcama yapma imkanı yoktur. İİK'nun 59. maddesine göre takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı yapılmasını talep ettiği işlemin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da peşinen öder. 89 haciz ihbarnamelerine verilecek cevap için varsa alacaklının masrafından pul eklenmediği anlaşılmaktadır. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 25/11/2009 tarih 3884-26024 Sayılı Genelgesi de bu doğrultuda işlem yapılmasını öngörmektedir⁴⁷. Buna göre cevap için gerekli masraf ekli olmayan haciz ihbarnamelerine üçüncü şahsın cevap verme yükümlülüğü dahi yoktur. Buna göre icra müdürlüğü'nün üçüncü kişinin borçlu sıfatının kaldırılmasına dair kararı sonucu itibarıyla hadiseye ve kanuna uygundur.” gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmiştir.

İcra dosyasının incelenmesinde; alacaklı tarafın talebi üzerine, davalı üçüncü kişi aleyhine 89/1 ve 2 haciz ihbarnameleri gönderilmiş, süresinde itiraz edilmemesi üzerine, 89/3 haciz ihbarnamesi 24/08/2020 tarihinde tebliğ edilmiş, üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine süresinde itiraz etmemesi ve üçüncü haciz ihbarnamesi tebliği üzerine menfi tespit davası açtığına dair belge sunmaması nedenleriyle icra dosyasına borçlu sıfatı ile eklenmesi ve alacaklarının haczi için haciz müzekkeresi gönderilmesini istenmiştir. Müdürlükçe talep

⁴⁶ İsviçre hukukunda süreler hakkında ilgili düzenlemeler SchKG Art. 31 ila 35 arasında yer almaktadır.

⁴⁷ Ayrıca bkz. Adalet Bakanlığı'nın 82084579/1648/8112 sayılı Haciz İhbarnameleri Hakkında Görüş Yazısı <<https://iidb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/211202013401819.pdf>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2023.

kabul edilmiş, haciz müzekkerelerinin gönderilmesi ve haczin uygulanmasından sonra üçüncü kişinin itirazı üzerine 01.10.2020 tarihli karar ile üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine itiraz ettiği gerekçesi ile hacizlerin kaldırılmasına ve borçlu sıfatının silinmesine karar verilmiştir. Üçüncü kişinin icra dosyasına taraf olarak eklenmesi ve alacaklarının haczi için müzekkere gönderilmesi işlemlerinin İİK.'nun 89. maddesi gereğince yapıldığı ve usulsüzlük bulunmadığı, bu işlemlerin iptalinin yerinde olmadığı; alacaklı vekilinin şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken mahkemece yukarıda açıklanan gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesinin yerinde olmadığı..."⁴⁸.

Kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü şahıs, ihbarnameye ilişkin itirazlarını tebliğden itibaren yedi gün içinde icra müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Üçüncü şahıs itirazını icra müdürlüğüne vereceği bir dilekçe ile yazılı olarak yapabileceği gibi müdürlükçe tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da yapabilir (İİK m. 89/II; m. 8 ve Yön. m. 20). Kanunda posta yoluyla itiraza ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Posta yoluyla yapılan itirazın geçerliliğine ve süresine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, posta yoluyla yapılan itirazın geçerli olabilmesi için yedi günlük itiraz süresi içinde itiraza ilişkin belgenin postaya verilmesi yeterli olup postada geçen süre yedi günlük itiraz süresine eklenmez⁴⁹. Diğer görüşe göre posta yoluyla yapılan itirazın geçerli olabilmesi için postanın yedi günlük itiraz süresi içinde icra müdürlüğüne ulaşması gerekir⁵⁰.

Üçüncü şahsın posta yoluyla yaptığı itirazların geçerliliği hakkında farklı içtihatlar mevcuttur. Bazı içtihatlarda haciz ihbarnamesine posta yoluyla yapılan itirazın geçerliliği İcra ve İflas Kanunu'na göre tartışılmaksızın, itirazın kural olarak icra müdürlüğüne yapılması gerektiği, posta yolu ile gelen itiraz belgesinin icra müdürlüğüne ulaşma ve dosyaya eklenme tarihine dair tutanağın önem arz ettiği görülmektedir⁵¹. Söz konusu kararlara göre, itiraz

⁴⁸ Ankara 32 BAM, 212/647, 5.4.2022, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2023.

⁴⁹ Üstündağ (n 5) 249 dn 617; Baki Kuru, *Bankadaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi* (2. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği 2002) 36; Duygu Kulbay Kıvanç, 'Muhafaza Tedbiri Olarak Haciz İhbarnameleri' (2005) 54 (4) AÜHFD 489, 495; Yavaş (n 8) 76; Akil (n 8) 78; Uyar, 2014, s. 1767.

⁵⁰ Senai Olgaç, *İcra ve İflas Kanunu Cilt 1* (Olgaç 1974) 783.

⁵¹ İstanbul 8 BAM, 968/1885, 22.12.2022; İstanbul 16 BAM, 96/773, 28.4.2022; İstanbul 14 Asliye Ticaret Mahkemesi, 571/749, 15.9.2021, K. sayılı kararı; İstanbul Anadolu 9 Asliye Ticaret Mahkemesi, 1404/1291, 24.12.2019 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 21 Eylül 2023.

dilekçesi süresi içinde icra müdürlüğüne teslim edilse dahi bu süre bitmeden tutanak tutulmamış ve dosyaya eklenmemişse geçerli bir itirazdan söz edilemez. Bir Yargıtay kararında⁵² ise üçüncü şahsın haciz ihbarnamesine yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak (İİK m. 8, Yön. m. 20) itiraz etmesi gerekirken Kanun'a aykırı şekilde posta yoluyla itirazda bulunduğu ve bu usulsüz itirazın da süresinde yapılmadığı şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

Yukarıda yer verilen kararda ilk derece mahkemesince, kamu tüzel kişiliğini haiz İl Özel İdaresi'nin ilgili genelge gereğince yaptığı işlemin masrafını o anda ödemesi mümkün olmadığı, ihbarnameye itiraz masrafı avans olarak takip alacaklısı tarafından ödenmediği için İl Özel İdaresi'nin söz konusu ihbarnamelere itiraz etme yükümlülüğünün dahi bulunmadığı şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır. Oysa haciz ihbarnamelerine ilişkin ilgili yasal düzenlemelerde üçüncü kişinin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu tüzel kişisi olmasına göre herhangi bir ayırım yapılmamıştır. İlgili maddede üçüncü kişinin beyanının hiçbir harç ve resme tabi olmadığı belirtilmiştir (m. 89/VIII). Üçüncü kişi itirazın icra müdürlüğüne ulaşması için yapılacak masraflardan ise muaf tutulmamıştır⁵³. Dolayısıyla söz konusu İl Özel İdaresi de süresi içinde Kanunda öngörüldüğü biçimde haciz ihbarnamelerine itiraz etmediği takdirde borcun zimmetinde sayıldığından kesinleşmesine katlanmak durumundadır. Bu yüzden ilk derece mahkemesinin süresinde yapılmayan posta ile itiraza ilişkin yaptığı bu değerlendirmenin isabetli olmadığı görüşünderiz.

Usulüne uygun biçimde düzenlenen ve tebliğ edilen ihbarnamelerin sonuçlarının il özel idaresi bakımından da doğması sonucundan kaçınılamaz. İtiraz edilmemesi ve menfi tespit davası açılmaması hâlinde, ihbarnameye konu alacağın üçüncü kişinin zimmetinde sayıldığı kesinleştiğinden üçüncü kişinin söz konusu borca yeter malvarlığı alacaklının talebi üzerine haczedilerek paraya çevrilir⁵⁴. Somut olayda üçüncü kişi dosyaya borçlu olarak eklenmiş ve kendisine banka hesabındaki mevduatın haczedildiğine ilişkin haciz müzekkeresi gönderilmiştir.

⁵² Yargıtay 19 HD, 16870/3732, 27.02.2013 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 21 Eylül 2023.

⁵³ Ayrıca ihbarnameye konu alacağın asılsız çıkması ihtimaline binaen ilgili maddede üçüncü kişi lehine yaptığı masraf ve zaman kaybına karşılık götürü bir tazminat ödenmesinin hukuk anlayışına uygun olacağına dair bkz. Postacıoğlu (n 5) 464.

⁵⁴ Kuru (n 8) 471; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 5) 331; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 233.

Üçüncü kişinin borçlu olarak dosyaya eklenmesi hakkında ise içtihat metninde hukuki değerlendirme bulunmamaktadır⁵⁵.

Üçüncü kişiye ihbarname gönderilmesi, ihbarnamede belirtilen alacağın borçlunun üçüncü kişiden alacağı olduğu düşünülerek görünürde⁵⁶ üçüncü şahsın malvarlığına el uzatılmasıdır. İhbarname üçüncü şahsa tebliğ edilse de etkilerini borçlunun malvarlığı üzerinde gösterir⁵⁷. Takip alacaklısı alacağını, üçüncü kişinin malvarlığından elde etmemektedir. Dolayısıyla üçüncü şahsın ihbarnameye itiraz etmemesi veya borcu ödememesi onu takipte borçlu taraf konumuna getirmemektedir⁵⁸.

Konuyla bağlantılı olarak üçüncü kişinin kendisine gönderilen haciz ihbarnameleri üzerine İİK m. 72'ye dayanarak açtığı menfi tespit davasında, dosyaya borçlu olarak eklenen üçüncü kişinin takip borçlusu olmadığı için davanın İİK m. 89/III uyarınca açılması ve davanın açıldığı tarihte on beş günlük hak düşürücü sürenin dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmektedir⁵⁹. Bu kararlarda, İİK m. 72'ye göre açılan menfi tespit davasının takip borçlusu tarafından takip alacaklısına karşı açılan bir dava olduğu, üçüncü kişinin takip alacaklısı ve borçlusu arasındaki hukuki ilişkiye göre üçüncü kişi konumunda olduğu vurgulanmaktadır. Bazı içtihatlarda ise İİK m. 89/III'e göre açılan menfi tespit davasının, ihbarnamedeki miktar kadarıyla borçlu konumuna gelen üçüncü şahıs tarafından açılan bir dava olduğu belirtilmektedir⁶⁰.

⁵⁵ İhbarnamelere cevap vermeyen üçüncü kişinin dosyaya borçlu olarak eklendiğine ilişkin örneğin bkz. İstanbul 16 BAM, 1073/1283, 4.7.2022; Yargıtay HGK, 136/12, 18.1.2022; Antalya 2 Asliye Ticaret Mahkemesi, 509/540, 20.9.2021; Yargıtay 12 HD, 12012/4487, 23.3.2017 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 7 Ekim 2023. Yargı kararlarından anlaşılan bu uygulama, Umar'ın, üçüncü kişiye ihbarname gönderilmesi üzerine bu kişinin ihbarnameler bakımından fer'i takip borçlusu olduğu görüşü ile de uyumludur. Bkz. Umar (n 9) 205.

⁵⁶ Umar (n 9) 205.

⁵⁷ ibid 205; Arslan (n 9) 76.

⁵⁸ Ansay (n 5) 79; Kuru (n 32) 155; Arslan (n 9) 119; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 5) 329; Direnisa (n 11) 345; Aksi yönde bkz. Abdürrahim Karlı, *İcra Hukuku Esasları*, (3. Baskı, Alternatif 2014) 925. Nilüfer Boran Güneysu, 'İcra Takip İşlemleri' (2012) 101, TBBD 31, 46.

⁵⁹ İstanbul 40 BAM, 469/1058, 17.7.2023; Antalya 11 BAM, 831/917, 8.5.2023; İstanbul 16 BAM, 1233/429, 9.3.2023; Antalya 11 BAM, 684/882, 2.5.2023 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 22.9.2023. Yargıtay 4 HD, 1501/2984, 24.09.2020; Yargıtay 11. HD, 2556/5786, 10.12.2020; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4 HD, 2667/451, 25.01.2018, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 22 Eylül 2023.

⁶⁰ İzmir 22 BAM, 336/499, 9.3.2023; Yargıtay 12 HD, 5588/1514, 15.2.2021 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2023.

Üçüncü şahsın ihbarnamelerin usulsüz tebliği üzerine dosyaya borçlu olarak eklenmesi sebebiyle icra müdürünün bu yöndeki işlemi şikâyete konu ettiği kararlarda, mahkemece öncelikle şikâyetin süresinde yapılıp yapılmadığına, tebligatın usulsüz olup olmadığına ve buna göre borçlu sıfatının silinmesine ve şikâyete konu işlem hakkında karar verdiği görülmektedir⁶¹.

Yukarıda anılan menfi tespit davasına veya usulsüz tebligata ilişkin kararlarda, üçüncü şahsın borçlu olarak dosyaya eklenmesi işlemine ilişkin hukuki değerlendirme yapılmamıştır. Burada bahsedilen, ihbarnameler karşısında hareketsiz kalan üçüncü şahsın dosyaya borçlu sıfatı ile eklenmesinin ne derece yerinde olduğudur. Hareketsiz kalmasıyla borcun zimmetinde olduğu kesinleşse ve hakkında haciz işlemleri yapılabilir hale gelse dahi üçüncü şahıs, bu takibin tarafı hâline gelmez.

İl özel idaresinin dosyaya borçlu sıfatıyla eklemesi ve banka hesabının tamamı için haciz ihbarnamesi gönderilmesinin ardından il özel idaresinin süresinden sonra yaptığı itiraz üzerine borçlu sıfatının silinmesi ve haciz işlemlerinin kaldırılması, icra müdürünün kendi işlemi geri alması veya iptal etmesi yönünden incelenmelidir. İcra müdürünün bu işlemlerinin yerindeliği, ilk derece ve bölge adliye mahkemesince inceleme konusu yapılmamıştır. Öğretide icra müdürünün işlemlerini geri alıp alamayacağı noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre icra müdürü şikâyet süresi içerisinde, yolsuz işlemi yaptığı biçimde değiştirebilir veya kaldırabilir⁶². Bir diğer görüş uyarınca icra müdürü kural olarak verdiği karardan re'sen dönemez. Ancak şikâyet süresi içerisinde haricileşmeyen kararlarda icra müdürünün verdiği kararı değiştirmesi usul ekonomisine uygun olur⁶³. Yargı kararlarında, icra müdürünün yaptığı müdürlük işlemi değiştirilme, geri alma veya iptal gibi denetleme yetkisine sahip olmadığı, bu işlemlerin şikâyet yoluyla icra mahkemesince yapılabileceği şeklinde karar verildiği

⁶¹ Bkz. Yargıtay 12 HD, 7990/1201, 27.2.2023; Yargıtay 12 HD, 9493/2186, 30.3.2023; Konya 7 BAM, 1821/1966, 28.11.2022; İstanbul 23 BAM, 2000/1988, 28.9.2022; Sakarya 8 BAM, tarihli, 677/1439, 30.12.2020, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2023.

⁶² Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi II* (2. Baskı, Şaka 1949) 21; Necmeddin Berkin, *Tabikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (Formül 1970) 35; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 1* (3. Baskı, Evrim 1988) 92; Üstündağ (n 5) 33; Nazlı Gören Ülkü, *İcra Hukukunda Ödeme Emri*, (Arıkan 2008) 38; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2016) 99; Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet* (Yetkin 2017) 134 dn 483. İcra memurunun işlemi geri alması ile iptali arasındaki farka ilişkin bkz. Arslan (n 9) 260 vd.

⁶³ Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, (2. Baskı, Adalet 2018) 79.

görülmektedir⁶⁴. Somut olayda ilk derece mahkemesince, icra müdürünün banka hesabına koyduğu haczi kaldırması işleminin yerindeliğine ilişkin inceleme yapılmaması, istinaf incelemesini yapan dairece de icra müdürünün haczi kaldırma işleminin iptaline karar verilmesi ve yine karar metninden anlaşıldığı üzere müdürün kendi işlemini değiştirme, iptal etme veya geri almasına ilişkin değerlendirme yapılmaması dikkat çekmektedir.

C. Üçüncü Kişinin Açtığı Menfi Tespit Davasında Görevli Mahkeme

Mahkemelerin görevi kamu düzenindedir (HMK m. 1). Bu nedenle üçüncü kişinin haciz ihbarnameleri nedeniyle açtığı menfi tespit davasının hangi mahkemede görüleceği konusundaki içtihatlar göz ardı edilmemelidir. Görevle ilgili Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4 HD'nin verdiği bir karar şöyledir:

"... Somut davada; her ne kadar ticaret mahkemesince talebin takip hukuksundan kaynaklandığından bahisle karşı görevsizlik kararı verilmişse de, ihbarnamenin gönderildiği takip, davalı alacaklı tarafından, borçluya karşı kambiyo senedine istinaden yapılmış takip olup, ticari iş niteliğindeki takip dosyasından gönderilen haciz ihbarnamesine karşı açılan menfi tespit davasının da mutlak ticari dava olması nedeniyle davanın ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. (Yargıtay 2019/1500 Es.-2019/4799 Karar sayılı ilamı da bu yöndedir.)..."⁶⁵.

Yukarıda bir kısmına yer verilen kararda üçüncü kişinin, takip borçlusuna borcu bulunmadığına dair İİK m. 89/III gereğince takip alacaklısına karşı asliye hukuk mahkemesinde açtığı menfi tespit davasında, mahkemece görevsizlik kararı verilmiştir. Bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmamış ve karar kesinleşmiştir. Karar kesinleştikten sonra dosya kendisine gönderilen asliye ticaret mahkemesinin de karşı görevsizlik kararı vermesi üzerine yargı yerinin belirlenmesi için dosya mahkemece yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmiştir. Bölge adliye mahkemesince yapılan incelemede, takip alacaklısı ve borçlusunu arasındaki takibin kambiyo senedine müstenit takip olması ve bu aralarındaki işin ticari iş olması hususları göz önünde bulundurularak görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.

⁶⁴ Yargıtay 255/1724, 21.12.2021; Yargıtay HGK, 2789/1487, 23.11.2021, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 1 Ekim 2023.

⁶⁵ Bursa 4 BAM, 989/1088, 10.5.2023 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2023.

Söz konusu olumsuz görev uyuşmazlığı⁶⁶, üçüncü kişinin açacağı menfi tespit davası ilişkin hükümde mahkemeye ilişkin yetki kuralına yer verilirken⁶⁷ görevli mahkemenin belirtilmemesinden kaynaklanmaktadır. Yer verilen karar bağlamında değinilmesi gereken görev kuralları şöyledir: Aksine hüküm bulunmadıkça malvarlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2/1). Asliye ticaret mahkemesi ise dava konusu şeyin değer veya miktarına bakılmaksızın tüm ticari dava ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir (Türk Ticaret Kanunu m. 5/1). Ticari davaların tanımı ise Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü maddesinde yapılmıştır. Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için mutlak ticari dava niteliğindedir ve bu hükümlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (m. 4/1, a).

Takibin tarafları arasındaki borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın ticaret mahkemesinin görev alanına girdiği hâllerde, alacaklı dava açmak yerine icra takibi yapmayı tercih etmişse, üçüncü kişinin açtığı menfi tespit davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi mi yoksa asliye ticaret mahkemesi mi olduğuna dair farklı içtihatlar bulunmaktadır. Örneğin kambiyo senedine müstenit takipte kendisine gönderilen ihbarnameler sebebiyle üçüncü kişinin açtığı menfi tespit davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna dair⁶⁸ içtihat bulunduğu gibi asliye ticaret mahkemesi olduğuna dair⁶⁹ içtihatlar da mevcuttur. İcra takibinin kambiyo senedine müstenit olmadığı hâllerde, takibin

⁶⁶ Olumsuz görev uyuşmazlığı hakkında bkz. Mine Akkan, 'Mahkemeler' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (15. Bası, On İki Levha 2017) 252 vd; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (4. Baskı, Yetkin 2021) 279 vd; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl* (n 14) s. 204.

⁶⁷ İİK m. 89/III: "... Bu bildirim alan üçüncü şahıs, icra takibinin yapıldığı veya yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde süresi içinde menfi tespit davası açtığına dair belgeyi bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde ilgili icra dairesine teslim ettiği takdirde, hakkında yürütülen cebri icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar durur."

⁶⁸ Antalya 11 BAM, 2023/1345, 12.7.2023; Ankara 12 Asliye Ticaret Mahkemesi, 412/450, 8.6.2022; Diyarbakır 6 BAM, 1550/1146, 13.5.2022; İstanbul 16 BAM, 2019/24, 13.1.2020; Antalya 11 BAM, 1669/1395, 19.10.2022 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2023.

⁶⁹ İstanbul 37 BAM, 536/1057, 3.6.2020; Konya 6 BAM, 1531/2041, 2.12.2022; İstanbul 37 BAM, 2021/294, 11.2.2022; Bursa 1 BAM, 12/1106, 5.11.2020; Ankara 23 BAM, 2592/725, 9.6.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2023. Yargıtay 19 HD, 1500/4799, 16.10.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2023. Aynı yönde bkz. Kayseri 6 BAM, 1070/1108, 8.6.2023 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2023.

tarafları arasındaki ticari ilişkiden dolayı görevli mahkemenin tespit edildiği içtihatlarından da bahsedilmelidir. Bu içtihatlarda görevli mahkeme tespit edilirken, davanın tarafları olan üçüncü kişi ve takip alacaklısı arasında ticari ilişki bulunmadığından bahisle görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna hükmedildiği görülmektedir⁷⁰.

İcra ve İflas Kanunu m. 89/III uyarınca açılan menfi tespit davasının tarafları, kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi ve takip alacaklısıdır. Takip alacaklısı ve üçüncü kişi arasında borç ilişkisi bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin bu davaya ilişkin talep sonucu⁷¹, davanın tarafı olmayan borçlu ile alacaklısı arasındaki kambiyo senedine veya herhangi bir borç ilişkisine ilişkin değildir. Bilakis üçüncü kişi davacının talep sonucu, üçüncü kişiden alacaklı olduğu iddia edilen takip borçlusuna borcu bulunmadığının tespitine ilişkindir⁷². Borçluya karşı başlatıldığı takibin kambiyo senedine müstenit bir alacaktan doğması, söz konusu taraflar arasındaki (üçüncü kişi ve takip alacaklısı) davada görevli mahkemeyi belirlememelidir. Bu husus, takip alacaklısı ve takip borçlusuna arasındaki davalarda görevli mahkemeyi belirleyen bir kriterdir. Öğretide de üçüncü kişinin takip alacaklısına karşı açtığı menfi tespit davasında, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin (HMK m. 2/1) görevli olduğu belirtilmektedir⁷³. Sonuç olarak yukarıda yer verilen karara konu davada görevli mahkemeyi tayin etmede esas alınan unsurların isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁷⁰ Sakarya 8 BAM, 570/929, 13.7.2023; Ankara 23 BAM, 662/965 31.5.2023; İzmir 22 BAM, 1025/943, 8.5.2023; İzmir 22 BAM, 2847/151, 20.1.2023; Konya 4 BAM, 3318/3659, 28.12.2022; Ankara 23 BAM, 1811/2098, 28.12.2022, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2023. Ankara 23 BAM, 695/2118, 2.12.2022; Ankara 8 Asliye Ticaret Mahkemesi, 585/418, 18.07.2022; Ankara 4 Ankara Ticaret Mahkemesi, 349/416, 24.05.2022; Ankara 23 BAM, 78/467, 10.09.2020; <<https://emsal.uyap.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2023.

⁷¹ Talep sonucu, davacının yargılama neticesinde mahkemeden sonuç olarak ne beklediğini ifade eden dava dilekçesinin zorunlu (HMK m. 119/1, ğ) ve en önemli unsurlarından biridir. Bu konuda bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, (7. Baskı, Nesil 2000) 466; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: II*, (Demir Demir 2001) 1601; Hakan Pekcanitez, 'Davanın Açılması' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt II* (On İki Levha 2017) 1149; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl* (n 14) 361.

⁷² Muşul (n 5) 630.

⁷³ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (2. Baskı, Adalet 2013) 476; Talih Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt: 2*, (3. Baskı, Bilge 2014) 1760; Akil (n 8) 134; Ahmet Cahit İyilikli, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, (Yetkin 2011) 93; Yavaş, (n 8) 113; Kuru ve Aydın (n 5) 166; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 5) 165.

SONUÇ

Üçüncü kişinin uhdesindeki mal, hak veya alacakların haczedildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesiyle üçüncü kişi bakımından ortaya çıkan yükümlülükler ve üçüncü kişinin ihbarnamedeki sonuçların kendisi bakımından ortaya çıkmasını engelleyen hukukî imkânlar İİK m. 89'da düzenlenmiştir. Bu çalışmada farklı bir bakış açısı sağlayabileceği düşünülen kararlardan yola çıkarak haciz ihbarname-leri hakkında aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Limited şirketin borcundan dolayı ortakların şirkete taahhüt ettikleri sermaye borcunun haciz ihbarnamelerine konu olması mümkündür. Bu anlamda ortağın şirkete olan borcunun maddi hukuk bakımından tahlili gerekli ve yeterlidir.

Üçüncü kişinin posta yoluyla haciz ihbarnamesine itiraz etmesi halinde bu itirazın geçerli olup olmadığı, geçerli olursa geçerlilik şartlarının neler olacağı öğretide ve uygulamada tartışmalıdır. Üçüncü kişiler bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkaran bu farklılık ise hukuk devleti anlayışı ile örtüşmemektedir. Nitekim mahkemece benimsenecek görüş neticesinde üçüncü kişinin geçerli bir itirazının olup olmadığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak hukukî sonuçların üçüncü kişi bakımından getirdiği yükümlülükler saptanacaktır.

Üçüncü kişinin takip alacaklısına karşı menfi tespit davası açabilmesi haciz ihbarnameleri sürecinde üçüncü kişiye tanınmış hukuki bir yoldur. Kanun koyucunun mezkûr maddede, üçüncü kişiye kolaylık sağlaması bakımından özel yetki kuralı öngörürken görevli mahkemeyi belirtmemesi, uygulamada takibin tarafları arasındaki borç ilişkisinde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması sebebiyle İİK m. 89/III uyarınca açılan menfi tespit davasının asliye ticaret mahkemesinde görülüp görülmeyeceği tartışmalarını gündeme getirmektedir. Bir davanın asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmesi için aranan şartlar Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilmiştir. Bu kapsamda, üçüncü kişinin tarafı olmadığı takibin tarafları arasındaki ilişki nazara alınarak görevli mahkemenin tayin edilmesi yerinde değildir.

Haciz ihbarnamelerine süresinde itiraz etmeyen veya itirazı kabul edilmeyen üçüncü kişinin dosyaya borçlu olarak eklenmesi bakımından ifade edilmesi gereken husus bu şahsın takibin konusu olacak ve taraflara göre üçüncü kişi konumunda olduğudur. Yukarıda incelenen kararda da görüldüğü gibi itiraz süresinden sonra icra müdürünün üçüncü kişiyi dosyaya borçlu olarak eklemek yerine üçüncü kişi sıfatıyla kaydetmesi mümkündür. Buna rağmen yargı kararlarından

anlaşıldığı üzere, üçüncü kişi dosyaya borçlu taraf olarak kaydedilmektedir. Bu durum borçlunun sosyo-ekonomik olarak itibarının olumsuz etkilenmesine sebep olabileceği gibi kendisinin borçlu taraf haline geldiği gerekçesiyle takip borçlusuna tanınan hukukî imkanlardan faydalanabileceği yanılıgısına da düşürebilir. Örneğin yukarıda bahsi geçen, dosyaya borçlu olarak eklenen üçüncü kişinin, İİK m. 89'da menfi tespit davası için öngörülen hak düşürücü süreden sonra İİK m. 72'ye dayanarak açtığı dava mahkemece borçlu taraf olmadığı gerekçesiyle esastan reddedilmiştir. Anılan kararda üçüncü kişinin borçlu kaydının silinmesine karar verilse de tarafı olmadığı hukuki ilişki sebebiyle üçüncü kişinin dosyaya borçlu olarak eklenmesi yönündeki yaygınlaşan uygulamalar isabetli değildir.

KAYNAKÇA

- Acar A E, 'Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları Yedindeki Kripto Paraların İcra ve İflâs Kanunu m. 89 Hükmü Kapsamında Haczi ve Paraya Çevrilmesi' (2023/2) 19 (55) MİHDER 419-446.
- Afız P, *Sermaye Şirketlerinde Sermaye Alacağına Haczedilebilirliği Sorunu* (Yetkin 2021)
- Akıl C, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, (Yetkin 2013)
- Akkan M, 'Mahkemeler' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özeker, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku Cilt I* (15. Bası, On İki Levha 2017) 110-338
- Alışkan M ve Cankat R, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağına Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi' in İsmail Kırcı, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 129-178
- Alışkan M, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal 2013)
- Ansay S Ş, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, (5. Baskı, İstiklal 1960)
- Arslan R, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S 1989)
- __ 'Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağına Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları' (2016) 65 (4) AÜHFD 3217-3242
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku*, (8. Baskı, Yetkin 2022)
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler 1 Umumi Hükümler* (3. Baskı, Fakülteler 1960)
- Arslanlı H ve Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt:III*, (Temel 1989)
- Aslan A S, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin 2018)
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O ve Saçar Ö F, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Seçkin 2022)
- Atalay O, 'Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler', in Muhammet Özeker (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 111-136
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2022)
- __ *Medenî Usul Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin 2023)
- Ayhan R, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu* (Kazancı Hukuk 1992)
- Belgesay M R, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi II* (2. Baskı, Şaka 1949)
- Berkin N, *Tabikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (Formül 1970)
- Boran Güneysu N, 'İcra Takip İşlemleri' (2012) 101, TBBD 31-60
- Çamoğlu E, 'Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi' (1971) VI (1) BATİDER 57-67

Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, (Adalet 2010)

Direnisa E, 'Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme' (2022) 12 (1) SDÜHFD 329-360

Erdönmez G, 'Usul İşlemleri' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özeker, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2017) 435-547

Eroğlu O, 'Haciz İhbarnamesine İtiraz Üzerine Uygulanacak Yargılama Usulü ve Yargılama Sonunda Tayin Edilecek Tazminatın Miktarı' (2017) 12 (132) Terazi Hukuk Dergisi 44-59

Göle C, *Anonim Ortaklıklarda Nakdî Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt* (Sevinç 1976)

Gören Ülkü N, *İcra Hukukunda Ödeme Emri*, (Arıkan 2008)

Görgün Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Yetkin 2022)

Hasırcı H, *İflâsın Takiplere Etkisi* (On İki Levha 2021)

Hendem B, 'İcra Hukukunda Haczin Tamamlanması Meselesi' (2023/2) 19 (55) MİHDER 447, 470.

İyilikli A C, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, (Yetkin 2011)

__ 'Haciz ihbarnamesi uygulamasında şirkete borçlu olan ortağın 3. kişi sıfatıyla sorumluluğu ve rucü ilişkisi' (2013) 1 (1) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1-35

Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç 1973)

Karslı A, *İcra Hukuku Esasları*, (3. Baskı, Alternatif 2014) 925.

__ *İcra ve İflas Hukuku*, (4. Baskı, Filiz 2022)

Kayış F, 'Sermaye Ortaklıklarında Şirket Alacaklıları Sermaye Koyma Borcunu Yerine Getirmeyen Ortağa Başvurabilir mi?' (2022) 7 (3) *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 485-526.

Koç E, *Tebliğat Hukuku* (Sümer 2023).

Köksoy M, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet 2008).

Kulbay Kıvanç D, 'Muhafaza Tedbiri Olarak Haciz İhbarnameleri' (2005) 54 (4) AÜHFD 489-519.

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 1* (3. Baskı, Evrim 1988).

__ *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: II*, (Demir Demir 2001).

__ *Bankadaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi* (2. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği 2002).

- __ *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (2. Baskı, Adalet 2013).
- __ 'İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler' (2003) 47 *Bankacılar Dergisi* 59-81.
- Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (7. Baskı, Adalet 2022).
- Lebrecht A E, 'Art. 91' in *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs-Lebrecht*, (2. Aufl, LichtenhahnVerlag, Basel 2017) (BSK SchKG-Lebrecht, Art. 91).
- __ 'Art. 99' in *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs-Lebrecht*, (2. Aufl, LichtenhahnVerlag, Basel 2017) (BSK SchKG-Lebrecht, Art. 99).
- Meier-Dieterle F C und Keller S, 'Der Arrestvollzug bei Banken', (62/2023) ZZZ 146-164.
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (7. Baskı, On İki Levha 2012)
- Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt:1*, (6. Baskı, Adalet 2014)
- __ *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, (2. Baskı, Adalet 2018)
- Oğuzman M K ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (28. Baskı, On İki Levha 2022)
- Olgaç S, *İcra ve İflas Kanunu Cilt 1* (Olgaç 1974)
- Özbay İ, Okumuş N ve Yalın B T, *Tebliğat İhlalleri*, (Seçkin 2023)
- Pekcanitez H ve Alpaslan M E, 'Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mallarının Hacine İlişkin Sorunlar' (2023) XX (2) YÜHFD 289-311
- Pekcanitez H ve Simil C, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet* (Yetkin 2017)
- Pekcanitez H, 'Davanın Açılması' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt II* (On İki Levha 2017) 1112-1199
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (9. Baskı, On İki Levha 2022)
- Postacıoğlu İ E, *İcra Hukuku Esasları*, (4. Baskı, Fakülteler 1982)
- Sayın Önal B, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, (3. Baskı, Adalet 2008)
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (4. Baskı, Yetkin 2021)
- Tercan E, 'Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü' (1996) 5 (1-2) SÜHFD 181-212
- Topuz G, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağına Haczi' (2010) *Fırat Öztan'a Armağan Cilt: II* 2105-2114
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020)

- Umar B, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal 1973)
- Uyar T, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Cilt: 2*, (3. Baskı, Bilge 2014)
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları*, (5. Baskı, Yaylacık 1990)
- __ *Medeni Yargılama Hukuku*, (7. Baskı, Nesil 2000)
- Yavaş M, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)* (Arıkan 2005)
- Yıldırım M K ve Deren Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku*, (8. Baskı, Beta 2021)
- Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2016)
- Zopfi M, 'Art. 99' in Daniel Hunkeler (ed) *Kurskommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014)

İnternet Kaynakları

- <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>
- <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>>
- <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>>

Bir Ürün Olarak “Bina”nın Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Müteahhidin 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında İmalatçı Sıfatıyla Sorumluluğu^(*)

Av. Dr. İsmahan GÜLEN ERDOĞAN^(**)

Öz

Ürün sorumluluğu, imalatçının piyasaya sürdüğü uygun olmayan ürünün sebep olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Türk hukukunda ürün sorumluluğu ilk defa 12.03.2021’de yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda düzenlenmiştir. Her ne kadar Kanun ile 85/374 sayılı AET Direktif arasında farklılıklar var ise de her ikisinin ortak amacı, uygunsuz üründen dolayı yaşamı, vücut bütünlüğü ve malvarlığı zarara uğramış herkesin korunması ve zararının tazmin edilmesidir. Ancak 85/374 sayılı AET Direktif’ten farklı olarak 7223 sayılı Kanun, ürünlerin güvenli ve ilgili teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamayı; piyasa gözetimi ve denetiminin esaslarını, yetkili kuruluşların görevlerini belirlemeyi de amaç edinmiştir. Çalışmamızda bütün bu hususlar dikkate alınarak taşınmaz yapıların ürün sorumluluğu kapsamında ürün kavramına dahil edilip edilemeyeceği, müteahhittin ürün sorumluluğu kapsamında imalatçı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, uygunsuz üründen dolayı zarar görenin, ürün sorumluluğu hükümlerine dayanarak müteahhitte başvurup zararının tazmin edilmesini talep edip edemeyeceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Ürün Sorumluluğu, Uygunsuz Ürün Olarak Bina, İmalatçı Olarak Müteahhidin Sorumluluğu.

^(*) [Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.09.2023](#) - [Kabul Edildiği Tarih: 28.11.2023](#).

[Atıf Şekli:](#) İsmahan Gülen Erdoğan, ‘Bir Ürün Olarak “Bina”nın Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Müteahhidin 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında İmalatçı Sıfatıyla Sorumluluğu’ (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1545, 1581.

[DOI:](#) 10.52273/sduhfd..1359559.

^(**) Gaziantep Barosu, Gaziantep, Türkiye.

[E-posta:](#) ismgulenerdogan@gmail.com.

[Orcid:](#) <http://orcid.org/0009-0006-9246-7637>.

The Contractor’s Liability, as a Manufacturer, Under the Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223, Due to Damages Caused by the “Building” as a Product

Abstract

Product liability refers to the manufacturer’s obligation to compensate for the damage caused by the nonconforming (inappropriate) product it has placed on the market. Product liability in Turkish law is regulated for the first time in the Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223, which entered into force on 12.03.2021. Although there are differences between the Law and the Directive, the common purpose of both is to protect and compensate the damage of everyone whose life, bodily integrity and property have been damaged due to the nonconforming product. However, unlike the Directive, the Law aims to ensure that products are safe and comply with relevant technical regulations and beside this it also aims to determine the principles of market surveillance and inspection and the duties of authorized institutions. In our study, considering all these issues, it will be reviewed whether immovable structures will be included in the product concept within the scope of product liability, whether the contractor can be qualified as a manufacturer within the scope of product liability, whether the person who has suffered damage due to nonconforming product can apply to the contractor and demand compensation based on product liability provisions.

Keywords

Product Liability, Building as Nonconforming Product, Contractor’s Liability as a Manufacturer.

Extended Summary

Product liability is a multi-purpose and dynamic area, thus its doctrine motivates producing new opinions and ideas and the courts to take new decisions. Before the industrialization, the legal relations and production were simple and transparent. In the aforesaid period, the seller was a producer at the same time and the damages were being eliminated by the producer within scope of the compensation law. But, along with the industrialization, the simple production types left their place to the chaotic, complex and serial production. Accompanied by globalization and digitalization, an increase in product range and a facility to access to the product were provided. The technological and scientific developments, the elimination of the borders with globalization provided the realization of production, designing, packing and selling of a product in different places. In this way, thanks to the serial production, the manufacturers had the possibility to transport their products to all over the world. But, this facility, provided by the serial production, also brought the risk of presenting a lot of defective products to the market. Due to these defective products, damages to the physical integrity of people and deficiencies in their assets occur. More dangerously, the people loses their lives because of the defective products. Increasing of the speed of the consumption of people makes also difficult to avoid from the damages that will be caused by the defective products. The matter of who will be held responsible from these damages and according to which provisions are highly important. Because, the preparation of the equipment, that will be used during the production, production of raw materials and intermediate parts by different producers make difficult the detection of whom the compensation claim will be directed. All these facts motivated the law makers to make arrangements on the issue of product liability. The first legal arrangement related to the product liability in Turkish law was made with entering of Product Safety and Technical Arrangements Law No 7223 into the force on the date of March 12, 2021. In this way, the directive of European Economic Community (AET) 85/374 was transmitted to our domestic law. According to both arrangements, the product liability is the liability of compensation of the damages, caused by defective products, which were presented by the manufacturer to the market. The subject of our study forms questions of whether the immovable constructions are products or not; the damages, arising from the immovable construction, can be compensated within scope of the law or not and the contractor is the person who is required to compensate the damages, arising from immovable construction in his capacity as a contractor.

Our study consists of seven main titles. In the first title, the conceptual explanation of product liability institution is made, its purpose of emerging and historical development is reviewed and its legal characteristic are tried to be detected. Under the second title, the conditions of product liability are explained. For arising of a product liability according to the article 6 of the law, the matters of presenting a defective product to the market, occurrence of a damage on the physical integrity or assets of someone as a result of the defective product, the existence of causality connection between incompliance and damage are collected under three sub-titles. The problem of assessing of the immovable constructions as a product, that forms the backbone of the article is given a large place under this title. The responsibility status of the contractor in his/her

contractor capacity forms the subject of the third title. Not presenting of product to the market by the manufacturer, which is one of the circumstances that are amongst the situations, restrict or eliminate the responsibility of the manufacturer; arising of the incompliance in product from the intervention of the distributor or a third party or user; the issue of the manufacturing of the product in accordance with technical arrangements or other mandatory technical regulations and the fault of the suffering party are reviewed in the fourth title. Under the fifth title, the issues of who will have the proof of burden along with the recourse right, manufacturer or sufferer are explained in the legal frame. The timeout forms the subject of the sixth title. In the seventh title, the issue of competition of the responsibilities is mentioned by giving a place to the other responsibility types of product liability, such as contract responsibility and construction owner liability relation.

The books, that form the main resources of German and Turkish law literature, the law annotations and articles had been read and our study had taken its final form by reviewing the first-degree court and federal supreme court decisions. According to this, Directive Article 2 and German ProdHaftG article 2; the buildings, which are formed with combination of many movable parts, must be assessed within scope of product liability since they do not lose the characteristic of being a product. The social and legal structures, problem areas and requirements of every country, that will apply the directive to their domestic laws, are different. For this reason, each country has the freedom of making their own concept definitions according to their domestic law legislation. Taking into the consideration the main characteristic of danger responsibility institution, it has been detected that contractor, who caused damages to the physical integrity and deficiency in the assets of the consumer, are required to be held responsible in their capacity of manufacturer from the immovable constructions within frame of the product liability law by accepting them as a product with an autonomous interpretation. A result has been reached that it is not fully possible for the sufferer to compensate his/her damages based on a contract or going to the construction owner responsibility. Later, taking into the consideration the technological developments and country facts, our study has been completed by making a call that the discussions are required to come to an end with the arrangements, which will be made in Product safety and Technical Arrangements law.

GİRİŞ

Ürün sorumluluk hukuku çok yönlü ve dinamik bir alandır, bu yüzden doktrini yeni görüşler ve fikirler üretmeye ve mahkemeleri yeni kararlar almaya sevk etmektedir¹. Sanayileşme öncesi hukuki ilişkiler ve üretim basit ve şeffaftı. Satıcı aynı zamanda üreticiydi ve meydana gelen zararlar sözleşme sorumluluğu kapsamında üretici tarafından giderilebiliyordu². Fakat sanayileşme ile birlikte basit üretim şekilleri yerini kaotik, kompleks ve seri üretime bıraktı³. Globalleşme ve dijitalleşme ile beraber ürün çeşitliliğinde artış, ürüne erişimde kolaylık sağlanmıştır. Bundan dolayı ürün sorumluluk hukukuna yirminci yüzyılın çocuğu demek yanlış olmayacaktır. Teknolojik ve bilimsel gelişmeler, globalleşme ile sınırların ortadan kalması bir ürünün üretiminin, tasarımının, ambalajlanmasının ve satışının birebirinden farklı yerlerde gerçekleşmesini sağlamıştır⁴. Böylece imalatçılar seri üretim sayesinde ürünlerini dünyanın dört bir tarafına kolaylıkla ulaştırma imkanına kavuşmuşlardır. Fakat seri üretimin sağladığı bu kolaylık birçok hatalı ürünün piyasaya sunulma riskini de beraberinde getirmiştir⁵. Söz konusu hatalı ürünlerden dolayı insanların vücut bütünlüğünde zararlar ve mal varlıklarında eksilmeler meydana gelmektedir. Daha da tehlikeli olan, hatalı ürünlerden dolayı insanlar yaşamlarını yitirmektedir. İnsanların tüketim hızının artması, hatalı ürünlerin sebep olacağı zararlardan kaçınmasını da güçleştirmektedir. Bu zararlardan kimin, hangi hükümlere göre sorumlu tutulacağı önem arz etmektedir. Zira üretim sırasında kullanılacak teçhizatın başka işletmeler tarafından hazırlanması, ham madde ve ara parçaların farklı üreticiler tarafından üretilmesi, zarar

¹ Arun Kapoor und Thomas Klind, 'Aktuelle Entwicklungen im Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht' NJW 2022, 1573, 1579; Christian Katzenmeier, 'Entwicklungen des Produkthaftungsrechts' JuS 2003, 943, 943.

² Qiang Ding, Die Produkthftung nach dem deutschen und chinesischem Recht (LIT Verlag 2004) 4.

³ Astrid Seehafer und Joel Kohler, 'Künstliche Intelligenz: Updates für das Produkthaftungsrecht?' EuZW 2020, 213, 213; Oğuz Sadık Aydos, Ürün Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2009) 92; Çiğdem Kırcı, Ürün Sorumluluğu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2007) 32.

⁴ Renan Baykan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri (2.Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2005) 21.

⁵ Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2005) 17; Serdar Demirci, 'Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış' (2019) 77 (3) ABD 119, 123; Özcan Günergök, 'Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü' (2008) XII (3-4) EÜHFD 313, 314; Reşat Atabek, 'İmalatçının 3. Kişilere Karşı Sorumluluğu' (1979) 10 (1) BATİDER 159, 160.

görenin tazminat talebini kime karşı yönelteceğine dair tespitini zorlaştırmaktır⁶. Bütün bunlar Kanun koyucuları ürün sorumluluğu konusunda düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin ilk kanuni düzenleme 12 Mart 2021 tarihinde 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yapılmıştır⁷. Böylece Avrupa Birliği'nin⁸ 85/374/Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) sayılı Direktifi iç hukukumuzda aktarılmış oldu. Her iki düzenlemeye göre ürün sorumluluğu, üreticinin piyasaya sunduğu uygunsuz ürünlerin sebep olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğüdür. Çalışmamızın konusu, taşınmaz yapılar bir ürün müdür, taşınmaz yapılardan kaynaklanan zararlar 7223 sayılı Kanun kapsamında tazmin edilebilirler mi, müteahhit imalatçı sıfatı ile ortaya çıkan zararları tazmin etmesi gereken süje midir soruları oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle ürün sorumluluğunun kavramsal izahı ve hukuki niteliği incelenecektir. Daha sonra ürün sorumluluğun şartları, imalatçının sorumluluktan kurtulmasına yarayacak kurtuluş kanıtları, ispat yükü ve rücu hakkı ve de zamanaşımı başlıkları ele alınacaktır. Son olarak da ürün sorumluluğunun diğer sorumluluk türleri olan sözleşme sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğu ile münasebetine yer verilerek sorumlulukların yarışmasına değinilecektir.

I. ÜRÜN SORUMLULUĞU KAVRAMI

7223 sayılı Kanun, uygunsuz ürünün sebep olduğu zararların kusursuz sorumluluk çerçevesinde üretici tarafından tazmin edilmesini düzenlemektedir. Üreticinin bu sorumluluğu kesindir ve sözleşme yoluyla kısıtlanamaz, bertaraf edilemez ve de sorumsuzluk anlaşmaları yapılamaz⁹. Bu bağlamda ürün sorumluluğu, üreticinin piyasaya sunduğu güvenli olmayan ürün sebebi ile kişinin şahsında veya malvarlığında meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğüdür¹⁰. Fakat Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin literatürde "imalatçının

⁶ Ergun Özsunay, 'Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu' (1979) 10 (1) BA-TİDER 97, 106.

⁷ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, Kanun Numarası: 7223, Kanunun Kabul Tarihi: 05.03.2020, RG 12.03.2020/31066.

⁸ Buradan itibaren "AB" olarak anılacaktır.

⁹ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht* (28. Auflage, C. H. Beck 2003) 540; 85/374 sayılı Direktif m.12.

¹⁰ Seda Baş, '7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış' (2022) 13 (52) TAAD 349, 352; Zeynep Derya Tarman, 'Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış' (2007) LXV (2) İÜHFİM, 299, 299; Kerem Cem Sanlı ve Yeşim Atamer, 'Hukuk ve Ekonomi

sorumluluğu"¹¹ veya "üreticinin sorumluluğu"¹², ya da "yapımcının sorumluluğu"¹³ gibi birbirinden farklı kavramların yer aldığı sıklıkla görülmektedir¹⁴. Bu kavramlar anlamları bakımından aynı şeyi ifade etmiş gibi görüyor olsalar da merkeze aldıkları unsur (süje/obje) bakımdan aslında farklıdırlar.

Ürün sorumluluğu, ürünün henüz üretilmemiş yani hammadde aşamasından başlayarak üretim anını ve piyasaya sürüldükten sonraki dönemi de kapsayacak şekilde geniş bir zaman diliminde geçerlidir¹⁵. Üretici genellikle, ürünü ürettikten sonra piyasaya sürmek için bir başka aracı/satıcı ile veya tamamlayıcı parçaların yapımcıları ile bir sözleşme ilişkisi kurar¹⁶. Ürünü satıcıdan alan kişi de genellikle tüketicidir. Hammadde halinde olan bir nesnenin ürün olarak kullanıcının eline ulaşana kadar geçen süreç minimum üç halkalıdır¹⁷. Söz konusu bu zincirin ilk halkası ürünü imal eden imalatçıdan, ikinci halkası ürünü piyasaya pazarlayan, satışa sunan ara satıcıdan ve son olarak da ürünle temas eden tüketiciden oluşmaktadır¹⁸. Dolayısı ile zarar gören ile üretici arasında çoğunlukla sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunmaz, uygunsuz bir ürün nedeniyle herkes zarara uğrayabilir ve ürün sorumluluğu hükümlerine göre üreticiden zararının tazminini isteyebilir¹⁹. Bundan dolayı da terminolojik olarak üreticinin/imalatçının

Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme' (Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan) (Der Yayınları 2012) 769, 769; Emrah Kulaklı, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı (XII Levha Yayıncılık 2009) 5 vd.; Havutçu (n 5) 21; Akın Ünal ve Arif Kalkan, 'Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler' (2019) (39) TAAD 45, 63; Kırcı (n 3) 1; Oğuz Sadık Aydos, 'Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü' (2013) XVII (1-2) GÜHFD 1785, 1786; Tuba Karaman, 'Üreticinin Sorumluluğu' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs) Ankara 2009, 205, 205; Betül Tiryaki, 'Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi 'ne göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi' (2006) 55 (2) AÜHFD 229, 229.

¹¹ Tarman (n 10) 299 vd.

¹² Havutçu (n 5) 17.

¹³ Fulya Erlüle, 'Yapımcının Sorumluluğu' (2008) 14 (4) MÜHFD 303, 303.

¹⁴ Tarman (n 10) 299 vd; Karaman (n 10) 205.

¹⁵ Damla Özden Çelt, 'Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu' (2021) 7 (1) AndHD 73, 85.

¹⁶ Tiryaki, Mukayese (n 10) 232.

¹⁷ Mathias Weller, 'Die Verantwortlichkeit des Haendlers für Herstellerfehler', NJW 2012, 2312, 2312; Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (ROMA II) Ürün Sorumluluğu' (2010) XIV (2) GÜHFD 121, 126.

¹⁸ Tarman, (n 10) 301.

¹⁹ Çelt (n 15) 86; Tuba Akçura Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu (Vedat Kitapçılık 2008) 312; Yeşim M. Atamer ve

sorumluluğu kavramlarından daha ziyade ürün sorumluluğu kavramını kullanmayı tercih etmek daha isabetli olacağından ve de Kanun m. 6'nın başlığında ürünü ön plana çıkaran "ürün sorumluluğu" kavramına yer verilmiş olması dolayısıyla biz de bu çalışmamızda ürün sorumluluğu kavramını kullanacağız²⁰.

Tarihi geçmişe bakıldığında ürün sorumluluğunun aslında haksız fiil temelli bir sorumluluk olduğu görülmektedir²¹. Sanayileşme ile birlikte seri üretime geçiş, ürün sorumluluğunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bir ürünün seri şekilde üretilmesi, o ürünün çok sayıda kişiye zarar verme riskini de beraberinde getirmektedir²². Söz konusu bu riskin imalatçı tarafından üstlenilmesi ve uygunsuz üretilen üründen doğan zararların yine imalatçı tarafından karşılamasını sağlamak ürün sorumluluğunun ilk amacıdır²³. Klasik dönemde olduğu gibi ürünün satıcısı, aynı zamanda onun üreticisi olmayabilmektedir. Günümüzde satıcıların genellikle aracı kurumlar olduğuna sıkça rastlanmaktadır. Bundan dolayıdır ki ürünün alıcısının sözleşmeye dayanarak ürünün satıcısından zararını gidermesini talep etmesi tatmin edici boyutta bir koruma sağlamayacaktır. Alıcı ile doğrudan sözleşmeye dayalı bir ilişkisi olmayan ara üreticinin de kusursuz sorumluluk çerçevesinde, uygunsuz üründen kaynaklanan zararları tazmin etme noktasında sorumlu olması, ürün sorumluluğu kurumunun ikinci amacıdır²⁴. Ayrıca ürün sorumluluğunda

Gökçe Kurtulan Güner, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?' (2021) 70 (2) AÜHFD 543, 544.

²⁰ Ünal ve Kalkan (n 10) 45; fakat üreticinin/imalatçının sorumluluğu ifadesinin kullanılması gerektiğini savunan düşünceler de mevcuttur. Bu düşüncelere göre sorumluluk kapsamında "ürün" den daha ziyade bir sùje olarak "imalatçı/üretici" belirgin bir durumdadır. Bundan dolayı da ürün sorumluluğu yerine üretici/imalatçı sorumluluğu kavramları kullanmayı tercih etmişlerdir. Bkz Havutçu (n 5) 22.

²¹ Aydın Zevkliler, 'Türkiye'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi', Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu İstanbul (XII Levha Yayıncılık 2010) 16; Erlüle (n 13) 304 vd; Erhan Kanişlı, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu' (2020) 78 (3) İHFM1413, 1421.

²² Özsunay (n 6) 105; Kırca (n 3) 1; Cemre Polat, 'Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu' (2021) 4 (70) AÜHFD 973, 975; Maximilian Fuchs und Alex Baumgärtner, 'Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung' JuS 2011, 1057, 1057; BGHZ 51, 99ff.: Burada tavuk salgınına karşı geliştirilen aşının fabrikasyon hatası sonucu bakteri yüklü olmasını konu edinilmiştir. Davacı, tavuk çiftliği işletmektedir. Bakteri yüklü aşılardan tavuklarına vurduktan kısa süre sonra çiftliğinde tavuk salgını ortaya çıkmış ve binlerce hayvanı telef olmuştur. Daha sonra yapılan incelemede iğnenin bakteri yüklü olduğu ve salgının bu yüzden meydana geldiği ortaya çıkmıştır. Üretici, ürün hatasının kendisinin kusuruna dayanmadığını ispatlayamadığı için, salgından sorumlu tutulmuştur.

²³ Havutçu (n 5) 22; Kırca (n 3) 153; Kanişlı (n 21) 1421.

²⁴ Seehafer und Kohler (n 3) 214; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 544.

korunması gereken husus zarar görenin edim menfaati (Äquivalenzinteresse) değil bütünlük (Integritätsinteresse) menfaatidir. Edim menfaatinin korunması karşılıklı bir borç ilişkisinde söz konusu olabilir. Fakat hatalı üründen dolayı üçüncü kişilerde de zarar meydana gelmesi muhtemeldir. Nitekim ne 7223 sayılı Kanun'da ne de 85/374 sayılı AET Direktif'de hatalı üründen zarar görenlerin kapsamı sınırlandırılmıştır. Uygunsuz ürün, ürün dışında kişinin vücut bütünlüğüne, bedensel sağlığına, malvarlığına zarar verebilir ve hatta ölüme neden olabilir²⁵. Uygunsuz üründen zarar görebilecekler öncelikle o ürünü alan veya kullanan kişilerdir. Fakat ürün ile hiçbir ilişkisi olmayan kişilerin de üründen zarar görme ihmali vardır²⁶. Sözleşme dışı sorumluluk tam bu aşama da gündeme gelmektedir. Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, zarar görenin ayrı ve özel hükümle korunma ihtiyacına cevap verecek kurumun ürün sorumluluğu olduğu ve bu sorumluluğun da kusursuz sorumluluğa dayanan ve sözleşme dışı bir sorumluluk olduğu kabul edilmelidir²⁷. Bundan dolayı da imalatçının taşıdığı sorumluluk sadece sözleşmeye taraf olanlara karşı değil, herkese yöneliktir²⁸.

Bununla beraber ürün sorumluluğunun hukuki niteliği doktrinde tartışılmaktadır. Türk hukukunda hakim olan, ürün sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğunu savunan görüştür²⁹. İmalatçının özen borcunu yerine getirdiğine dair kurtuluş kanıtı getirmesi halinde sorumluluktan kurtulmasından dolayı ürün sorumluluğu ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olarak da nitelendirilmektedir³⁰. Kural olarak imalatçı hatalı bir ürünü piyasaya arz etmemelidir fakat hatalı ürünün piyasaya arz eden imalatçı özen yükümlülüğünü ihlal etmiş demektir³¹.

²⁵ Hans Josef Kullmann, 'Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1989/90' NJW 1991, 675, 676; Kırca (n 3) 153 vd; Aydos (n 3) 176 vd.

²⁶ Sanlı ve Atamer (n 10) 782; Akçura Karaman (n 19) 313.

²⁷ Baş (n 10) 365; Tarman (n 10) 301 vd; Aydos, Risk (n 10) 1787; Tiryaki, Mukayese (n 10) 232; Özsunay (n 6) 106; Kırca (n 3) 11 vd.; Havutçu (n 5) 24 vd.

²⁸ Dursun Al, '7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu' (2020) 15 (169) THD 1802,1810; Havutçu (n 5) 22; 85/374 sayılı AET Direktif m. 4' e göre Zarara uğrayan kişinin tüketici sıfatını haiz olması yahut ürünün maliki veya kullanıcısı olması gerekmez.

²⁹ Çelt (n 15) 108; Kırca (n 3) 121; Kulaklı (n 10) 24; Baş (n 10) 367; Tuğçe Oral, 'Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini' (2023) 72 (1) AÜHFD 121-142, 126.

³⁰ A Lâle Sirmen, 'Ürün Sorumluluğu' (Ed. Tufan Öğüz ve Kerem Öz) Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler - 23-24 Haziran 2022, Antalya) (Seçkin Yayıncılık 2022) 68; Kanışlı (n 21) 1462; Kırca (n 3) 121 vd; Oral (n 29) 126; Ünal ve Kalkan (n 10) 53 vd.

³¹ Kırca (n 3) 122; Oral (n 29) 127.

Bizim de katıldığımız ikinci görüş ise ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olmasıdır (Gefährdungshaftung)³². Burada tehlikeden kasıt üretim faaliyetinin kendisinin tehlikeli olması değil, üründeki hatanın birçok insan için yarattığı tehlikedir³³. Seri üretim sebebi ile ürünlerde kaçakların olması, üreticinin bütün özen sorumluluğunu yerine getirmiş olsa dahi, ürünün hatalı olup olmadığının tek tek kontrol etme imkanına ve zamanına sahip olmaması, hatalı bir ürünün piyasaya arz edilmiş olma ve kitlelerin zarar görme ihtimalinin yüksek olması dolayısıyla ürün sorumluluğu bir tehlike sorumluluğudur³⁴. Zira ürün sorumluluğunda korunması gereken taraf imalatçılar değil, ürünün kullanıcısı ve ürünle muhatap olan üçüncü kişilerdir. Bu kişiler de genellikle tüketicilerdir. Tüketiciler, küçük-büyük fark etmeksizin her türlü işletme karşısında daha az teknik bilgiye sahiptir ve ürünün güvenliğini ölçme-değerlendirme donanımına sahip değildir³⁵.

³² Erwin Deutsch, 'Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri, Temyiz Kudreti Hukuka Aykırılık, Kusur ve Tehlike Sorumluluğu' (Şeref Ertaş çev, 8 Mayıs 1981 Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Konferans Metni) 245, 254 vd. <<https://legalbank.net/belge>> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2023; Havutçu (n 5) 98; Kırca (n 3) 104; Mesut Serdar Çekin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu (Oniki Levha Yayıncılık 2016) 257-262; Bilge Öztan, İmalatçının Sorumluluğu (Turhan Kitabevi 1982) 283; Aydos (n 3) 80.

³³ Ayça Akkayan - Yıldırım, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu" (2012) 70 (1) İÜHF 203, 213; Kırca (n 3) 104; Çekin (n 32) 257-262. Örneğin hazır beton üretimi yapan bir şirket, kimyasal malzeme üreten bir işletme gibi tehlikeli bir faaliyette bulunmamaktadır. Fakat üretilen betonların içerisine deniz kumu veya çakılı karıştırılması ürünün hatalı olduğunu ve ürünle temas olan kişiler için tehlike arz ettiğini gösterir. Su borusu üretmek tehlikeli bir faaliyet değildir. Fakat borular üretilirken bazı kısımlarda gerekli kalınlığın elde edilememiş olması veya deliklerin oluşması kullanıcılar için tehlike arz edecektir.

³⁴ Arun Kapoor und Thomas Klindt, 'Das neue deutsche Produktsicherheitsgesetz (ProdSG)' NVwZ 2012, 719, 723; Havutçu (n 5) 48 vd.; Aydos (n 3) 96 vd.; Öztan (n 32) 282.

³⁵ Örneğin müteahhitten ev satın alan kişinin evin güvenli olduğunu ilk bakışta anlaması güçtür, bunun tespitine yönelik üçüncü kişilerden raporlar alsa dahi, evin yapımındaki, donanımındaki, yazılımındaki ürün hataları zamanla ortaya çıkabilmektedir: <https://de.euro-news.com/2023/09/05/grossbritannien-regierung-macht-150-schulen-wegen-einsturzgefahr-dicht>; <<https://www.morgenpost.de/politik/article239340627/englische-schulen-kollaps-gefahr-schliessung-porenbeton.html>> Erişim Tarihi 09 Eylül 2023 Adliye, hastane, Okul binalarının yapımında kullanılan otoklavlanmış gaz beton veya gözenekli beton (RAAC) malzemeler nedeniyle kimi binalarda çökmeler yaşandığından kimilerinin de yıkılmak üzere olduğundan bahsedilmiştir. Binaların zemininde, çatısında ve duvarlarında bu malzemenin kullanılmasının sebebi binanın hafif olmasını sağlaması ve ucuz olmasıdır. Fakat bu binalar zamanla insanların can ve mal güvenliğinde zararlara sebep olabilecek hatalı bir ürün olabilmektedir.

II. ÜRÜN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Ürün sorumluluğuna ilişkin şartlar 7223 sayılı Kanun m. 6'da, 85/374 sayılı AET Direktif m. 1'de ve de Alman ProdHaftG m.1'de düzenlenmektedir. Söz konusu maddelerde piyasaya sürülen ürün için "uygunsuz", "hatalı", "güvenli olmayan" şeklinde birbirinden farklı kavramlar kullanılmış ve terminoloji bakımından bütüncüllük sağlanamamıştır. Bu hususlara aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimizi belirtmekle beraber ürün sorumluluğunun oluşması için bir zararın meydana gelmiş ve uygunsuzluk ile zarar arasında nedensellik bağının mevcut olması gerektiğini ifade etmeliyiz.

A. Uygunsuz Ürününün Piyasaya Arz Edilmesi

1. Ürün Kavramı

Ürün sorumluluğundan bahsedebilmek için 7223 sayılı Kanun m. 6'nın şartlarını tek tek incelemek gereklidir. 7223 sayılı Kanun'a adını veren ve bizim de çalışmamızın esasını oluşturan "ürün" kavramı burada öncelikli olarak açıklanmalıdır. Bu soruya cevap verebilmek için taşınmazlar ürün olarak değerlendirilebilir mi sorusu açılmalıdır.

85/374 sayılı AET Direktif m. 2'ye göre ürün, "*başka bir taşınır veya taşınmazla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınır eşya*" dır. Elektrik de bu madde kapsamında ürün sayılmıştır. Benzer şekilde Alman ProdHaftG m. 2' de ürün kavramını her türlü taşınır eşya olarak tanımlamış, başka bir taşınır veya taşınmaz nesnenin bir parçası olsa bile ürün özelliğini kaybetmeyeceğini düzenlemiştir. 7223 sayılı Kanun m. 3/1'de ürün "*her türlü madde ve müstahzar veya eşya*" olarak ifade edilmiştir. Ürün Güvenliği Yönetmeliği m. 4 (h) bendinde ise daha kapsamlı bir ürün tanımına yer verilmiştir. Buna göre; "*Tüketicilerin kullanımı için amaçlanan veya tüketicilerin kullanımı için amaçlanmamış olsa dahi makul ölçüde öngörülebilir koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması muhtemel olan gerek ticari faaliyetler sonucunda gerekse başka yollarla tedarik edilen veya kullanıma sunulan, yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü madde, müstahzar veya eşya*" ürün olarak kabul edilmiştir. Alman hukukunun aksine Türk mevzuatında madde, müstahzar ve eşya kavramlarının tanımı yapılmamıştır³⁶. Doktrinde yapılan tanıma göre eşya "*cismani, sınırlandırılmamış ve üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli şeyler*" dir³⁷. Alman Medeni Kanun'u m. 90' da ise eşya "*her türlü fiziki nesne*" olarak tanımlanmıştır.

³⁶ Al (n 28) 1808; Ünsal Dönmez, 'Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri' (2016) 7 (1) İnÜHFD 381, 383; Oral (n 29) 127.

³⁷ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (Filiz Kitabevi 2013) 8.

2. Taşınmazların Ürün Niteliği

Taşınmazların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre taşınmazlar ürün sorumluluğu kapsamına dahil edilemezler³⁸. Bu görüşün temeli AB'nin 1985 tarihli İmalatçının Sorumluluğu Direktif'ine dayanmaktadır. Zira 85/374 sayılı AET Direktif, taşınmazları ürün kavramının içeriğine dahil etmemiştir³⁹. Bundan dolayı da Türk hukukunda taşınmazlar ürün olarak değerlendirilemezler ve ürün sorumluluğu hükümleri sadece taşınır mallar için uygulanmalıdır. Taşınmazları ürün kavramına dahil etmek ürün sorumluluğu kurumunun temel amacı ile bağdaşmaz⁴⁰. Ayrıca TBK m. 69 halihazırda yapı malikinin sorumluluğunu düzenlemektedir ve yapı malikini, taşınmazların verdiği zararları kusursuz sorumluluk kapsamında gidermekle yükümlü kılmaktadır. Dolayısı ile kanuni herhangi bir boşluk yoktur. Taşınmazları ürün olarak kabul etmek ve 7223 sayılı Kanun'un uygulamasını savunmak TBK m. 69 ile arasında çelişki yaratacaktır⁴¹. Taşınmaz yapıların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyeceğini savunan görüşün üzerinde durduğu diğer bir nokta da 7223 sayılı Kanun'da yer alan "geri çağırılma", "uygunluk işareti konulması", "piyasadan geri çekilmesi" gibi kavramların taşınmazlar bakımından uygulanmayacağıdır⁴².

Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre taşınmazların da ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gereklidir⁴³. Her ne kadar AB Direktifleri Türk hukuku açısından yön gösterici olsa da ve 7223 sayılı Kanun, 85/374 sayılı AET Direktif baz alınarak hazırlanmış ise de, Direktif hükümlerine kati surette bağlı kalınmamalıdır. Zira Direktif'i kendi iç hukuklarına uygulayacak olan her ülkenin toplumsal ve hukuksal yapıları, problem alanları ve ihtiyaçları farklıdır⁴⁴. Bundan dolayıdır ki her üye ülkenin

³⁸ İlhan Kara, İmalatçının Ürün Sorumluluğu (Yetkin Yayınları 2021) 300; Tarman (n 10) 324; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 553; Çelt (n 15) 89; Ünal ve Kalkan (n 10) 66; Baş (n 10) 370; Kanişlı (n 21) 1432; Havutçu (n 5) 122; Kırca (n 3) 192.

³⁹ Gerhard Wagner, § 823 BGB Münchener Kommentar zum BGB (8. Auflage, C.H. Beck 2020) Rn. 923.

⁴⁰ Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 553; Çelt (n 15) 90, Kanişlı (n 21) 1432; Kara (n 38) 300.

⁴¹ Polat (n 22) 984; Kanişlı (n 21) 1432; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 554.

⁴² Çelt (n 15) 90.

⁴³ Christian Katzenmeier, Hrsg. Dauner-Lieb und Langen, 'BGB Schuldrecht' (4. Auflage, Nomos 2021) § 823 BGB Rn.298: Burada aspest kaplanmış bir yapı inşa etme durumunda Ürün Sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir; Yıldırım Keser, Ürün Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2021) 61 vd; Sirmen (n 30) 71; Polat (n 22) 984; Aydos (n 3) 129 vd; Oral (n 29) 128.

⁴⁴ Oral (n 29) 128.

kavram tanımlarını kendi iç hukuk mevzuatlarına göre yapma serbestisi vardır⁴⁵. 7223 sayılı Kanun metninde “*her türlü eşya*” kavramı kullanıldığından taşınmazlar da bu kapsamda değerlendirilmeyi hak etmektedir. Kaldı ki doktrinde tanımı yapılan eşya kavramına göre üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilen cisim olarak elektrik uzayda nasıl yer kaplıyor ise taşınmazlar da aynı şekilde üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulan cisim olarak varlığını sürdürmektedir. 85/374 sayılı AET Direktif elektriği münhasıran ürün olarak kabul etmiş olduğundan, gayri maddi varlıkların da ürün olarak kabul edilmesinde bir sakınca bulunmayacaktır⁴⁶.

“*Gayri maddi*” ve “*eşya*” kavramlarını eşya hukukundan bağımsız olarak sadece ürün sorumluluğu perspektifinden değerlendirmek daha doğru olacaktır⁴⁷. Hem 85/374 sayılı AET Direktif’e hem de ProdHaftG’ ye göre taşınmazların bir taşınmazın parçası olması halinde ürün özelliklerini kaybetmedikleri için, birçok taşınmazın birleşmesi ile meydana gelen binalar da ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidirler⁴⁸. 7223 sayılı Kanun metninde yer alan “*her türlü*” ibaresi taşınmazları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır⁴⁹. Bu kapsama taşınmazın bütünüleyici parçası olan ara malzemelerin ve ham maddenin de dahil edilmesi mümkündür⁵⁰. Bir ürünün yapılmasında kullanılan hammaddenin hatalı olması durumunda söz konusu hammaddeyi piyasaya süren kişi sorumlu tutulabilir. Nitekim Yargıtay, hatalı bir hammaddenin nihai ürünün bütünüleyici parçası haline gelse dahi, ayrı bir ürün olma özelliğini koruduğu ve hatalı hammaddenin üreticisinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağı kanaatindedir. 1986 tarihli kararında Yargıtay, inşaatta kullanılan çimentoların hatalı üretilmiş olması sebebi ile, betonda oluşan hasarların tazmini için çimento üreticisi aleyhine açılan davayı kabul etmiştir⁵¹. Aynı şekilde Yargıtay çıkan yangının binadaki elektrik tesisatının özensiz ve dikkatsiz çekilmesinden dolayı elektrik dağıtım şirketinin sorumluluğunun tespit edilmesi yönünde karar vermiştir⁵². Bundan dolayı bir taşınmaza takılan veya onunla

⁴⁵ Demirci (n 5) 130; Havutçu (n 5) 67.

⁴⁶ Benedikt Beierle, ‘Die Bedeutung des Inverkehrbringens für IoT-Produkte bei der Produkthaftung’ ZfPC 2022, 22, 23; Polat (n 22) 980.

⁴⁷ Erlüle (n 13) 312; Polat (n 22) 981.

⁴⁸ Kanişlı (n 21) 1432.

⁴⁹ Polat (n 22) 984.

⁵⁰ Al (n 28) 1813; Akçura Karaman (n 19) 283.

⁵¹ Yargıtay 11. HD 1985/7325E, 1986/951K, 26.02.1986, <<https://legalbank.net/belge/y>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2023.

⁵² Yargıtay 3. HD, 1162/9944, 11.10.2018; Yargıtay 3. HD, 2018/4255E, 2019/3401K, 16.04.2019 <<https://legalbank.net/belge/y>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2023.

birleştirilen taşınırın her biri bağımsızlıklarını kaybederek Türk Medeni Kanun (TMK) m. 684'ye göre taşınmaz yapının bütünleyici parçaları olsalar da "ürün" olma nitelikleri bakımından bir değişime uğramayacaktır⁵³. Örneğin kapı, pencere, su ve elektrik tesisat malzemelerinin, biriket, demir ve çimentonun hatalı üretiminden kaynaklanan zararlar ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilmelidir⁵⁴. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi kaldırım kotu ile aynı kotta havalandırma penceresi imal etmesi nedeni ile su baskının meydana gelmesinden müteahhidi sorumlu tutmuştur⁵⁵. Akıllı bina sistemlerinin yaygınlık kazandığı günümüzde hatalı yazılımın veya üretimin sebep olduğu veya yasak bir kimyasal maddeyi içeren boya ile binanın boyanması neticesinde oluşan zararlar da yine ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir⁵⁶. Deniz kumu veya dayanıklı olmayan hazır beton kullanılarak hatalı malzeme ile inşa edilen binanın yıkılması nedeni ile ortaya çıkan zararların da bu malzemeleri üretenler ve müteahhit tarafından imalatçı sıfatı ile karşılanması gereklidir⁵⁷. Bu bağlamda Yargıtay 2007 ve 2008 tarihli kararlarında beton kalitesinin düşüklüğü ve projelerdeki hatalardan dolayı yapı malikinin değil müteahhittin sorumlu olacağını kabul etmiştir⁵⁸.

Bundan başka TBK m. 69 göre yapı maliki taşınmazın yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksikliklerden sorumlu iken, 7223 sayılı Kanun'da uygunsuz ürünün piyasaya sürülmesi ile meydana gelen zararlardan imalatçı sorumlu tutulmaktadır. Burada her iki Kanun, sorumluluk sebepleri ve sorumlu tutulan kişiler

⁵³ Polat (n 22) 985; Al (n 28) 1808.

⁵⁴ Yargıtay HGK 4-114/84, 13.02.2002 kararında mutfak dolaplarının asılı bulunduğu yerden düşerek eşyalara zarar verdiği olayda, dolabın sağlam yapılmamasından ileri gelen zararın, ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesine hükmetmiştir. Söz konusu karar gerekçesinde *bir ürünün, normal şartlar altında ve normal kullanma halinde, zarar vermeye elverişli ise, kural olarak ortada kusurun (hatanın) varlığını kabul edilmesi gerektiği ve bu tür ürünü piyasaya süren üreticinin de tehlike yaratmış olacağına yer verilmiştir* <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->> Erişim Tarihi 04 Ağustos 2023.

⁵⁵ Yargıtay 17. HD, 2015/12055E, 2018/1577K, 05.03.2018, <<https://legalbank.net/belge/y->> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

⁵⁶ Stefanie T. Hofmeister, 'Produkthaftungsrecht im Kontext neuer Technologien- eine Einführung', JA 2022, 358, 359; Betül Tiryaki, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk (Yetkin Yayınları 2007), 48; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 553 vd.

⁵⁷ Akçura Karaman (n 19) 281vd.

⁵⁸ Yargıtay 15. HD, 2007/4806E, 2008/4709K, 10.07.2008; Yargıtay 13. HD, 10773/12189, 21.10.2008; Yargıtay 4. HD, 8406/12825, 11.12.2001; Yargıtay 13. HD, 2200/6890, 17.05.2007; Yargıtay HGK, 4-603/594, 22.10.2003 <<https://legalbank.net/belge/>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2023; İrfan Okur, 'Kiralanan Yapıdaki Bozukluğa Bağlı Olarak Zarar Gören Kiracının Zararın Tazmini İçin Yüklenicinin Sorumluluğuna Başvurmasında İmalatçının Sorumluluğu Hukukunun Uygulanması' (1994) 20 (4), Yargıtay Dergisi 484, 488.

bakımından birbirinden ayrılmaktadır⁵⁹. TBK m. 69'a göre malik, taşınmazın hem yapımındaki bozukluktan hem de bakımındaki eksikliklerden sorumlu olurken, ürün sorumluluğunda İmalatçı için bu şekilde bir kısıtlama öngörülmemiş ve ürünün uygunsuz üretilmesine sebep olabilecek her türlü eksiklik, fazlalık, bakımsızlık, bozukluk hallerinden sorumlu tutulmuştur. Ayrıca TBK m. 69 gereğince zarar gören tazminat talebini sadece malike yöneltebilecekken, ürün sorumluluğu kapsamında zarar gören talebini nihai imalatçı olan müteahhittin yanında hammadde üreticisine veya ara üreticiye de yöneltebilecektir.

TMK m. 762'ye göre doğal güçler, nitelikleri itibari ile taşınabilen maddi şeyler ile beraber taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Gaz, elektrik ve su gibi doğal güçler kanuni düzenleme gereği bir eşya olma sıfatını kazanmıyor olsalar da, taşınır mülkiyetine uygulanacak hükümlere tabi olacaklardır⁶⁰. Bu bakımdan taşınmazların da ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi Kanun koyucunun zarar görenin korunması yönündeki iradesi ile örtüşen bir durumdur. Taşınmaz yapıların uygunsuz üretiminden kaynaklanan zararların da Kanun kapsamında değerlendirilmesi zarar görenler açısından hakkaniyetli olacağı gibi, müteahhitleri de imalatçı sıfatı ile daha dikkatli, güvenli ve uygun yapılar yapmaya teşvik edecektir⁶¹.

Ürün sorumluluğunun taşınmazları kapsamadığını savunan görüşe katılmamaktayız⁶². Çünkü bu savunma günümüz koşullarını, ülkemizdeki müteahhit sayısını, giderek artan yapılaşmayı ve neredeyse seri üretime geçilmişçesine her yerin inşaat alanına dönmüş olmasını gözden kaçırmaktadır. Seri üretimin tek koşulu fabrikasyon ya da bant şeklinde üretim değildir. Bir ürün kısa sürede, o kadar çok sayıda, birden çok aşamadan geçerek üretilmektedir ki, bütün kontrollere rağmen üretim şeklinin tabiatı gereği uygunsuz ürünlerin piyasaya arz edilme ve insanların can ve mal güvenliğinin ihlal edilme riski çok yüksektir⁶³.

⁵⁹ Oral (n 29) 129.

⁶⁰ Brox und Walker (n 9) 540.

⁶¹ Yargıtay 13. HD, 3071/18297, 03.07.2013 Bu kararda Yargıtay, daireyi ayıplı ve eksik imal etmiş olan yüklenicinin Üretici olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 13. HD, 30034/31220, 12.12.2013: Bu kararında da Yargıtay taşınmazı ayıplı olarak imal eden yükleniciyi üretici olarak tanımlamıştır. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e>> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023.

⁶² Ünal ve Kalkan (n 10) 69.

⁶³ Zeynep Derya Tarman, 'Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Ürün Sorumluluğu' Ürün Sorumluluğu-Sorumluluk Hukuku Konferansları I (Onikilevha Yayınları 2022) 263, 265; Pelin Oğuzer ve Başak Baysal, 'Ürün Güvenliği ve Ürün Sorumluluğu Ekseninde Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, Ürün Sorumluluğu-Sorumluluk Hukuku Konferansları I (Onikilevha Yayınları 2022) 111, 111.

Almanya’da mevcut müteahhit sayısı 2020 yılında 17.730 iken, ülkemizde bu sayı 450.000 üzerindedir⁶⁴. Bu durum ülkemizde taşınmaz yapı sektörünün “seri üretim” şekline geçtiğine işaret etmektedir. Hem 85/374 sayılı AET Direktif’in hem de 7223 sayılı Kanun’un asıl amacı seri üretim sebebi ile ortaya çıkması muhtemel uygunsuz ürünlerin ve zararların önüne geçmektir⁶⁵. Taşınmaz yapıların uygunsuz üretiminin de ürün sorumluluğu kapsamına dahil edilmesi söz konusu bu amaca hizmet etmektedir. 7223 sayılı Kanun’da yer alan kavramların bir kısmını baz alarak lafzi yorum yapmak ürün sorumluluğunun kapsamını daraltmak ve amacından sapmak, kanunun ruhundan uzaklaşmak anlamına gelmektedir.

7223 sayılı Kanun metninde ayrıca madde kavramına yer verilmekle beraber tanımı yapılmamıştır. Türk mevzuatında maddenin tanımı mevcut değildir. Türk Dil Kurumu’nun tanımına göre madde, duyularla algılanabilen, uzayda yer kaplayan, kütlesi ve hacmi olan her şeyi ifade etmektedir⁶⁶. Kanun koyucu burada eşya kavramının yanında madde kavramına da açıkça yer vermekle kütlesi ve hacmi olan her şeyin ürün olarak kabul edilebileceğine dair geniş bir kapı açmıştır. Bu açıdan bakıldığında taşınmaz yapıların madde oldukları ve ürün sorumluluğu kapsamına dahil edilmeleri gerektiği sonucuna varılabilir.

Aynı şekilde Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m. 4 (c)’de mal tanımı yapılırken konutların, tatil amaçlı taşınmazların ve gayri maddi malların da tanıma dahil edildiği açıktır⁶⁷. Bundan başka, Alman Ürün Güvenliği Kanunu (ProdSG) m. 2 Nr. 22 gereğince henüz kullanıma hazır olmayan inşaatın kısımları veya inşaat grupları ürün olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Bütün bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, taşınmazların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi Türk hukukuna ve mevzuatına yabancı bir durum değildir⁶⁹.

⁶⁴ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/252202/umfrage/umsatz-im-baugewerbe-in-deutschland>; <<https://istanbul.imo.org.tr/TR,87922/tmmob-insaat-muhendisleri-odasi>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2023.

⁶⁵ COM (2000) 893 final raporunda Direktif ‘in endüstriyel olarak seri üretilen ürünlerdeki ayıplar dolayısıyla üreticinin sorumluluğunu öngördüğü, nitekim taşınmaza dahil edilen inşaat ürünlerinin de Direktif kapsamında olduğu ifadesine yer verilmiştir Bkz COM (2000) 893 final, 31.1.2001, s. 27 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0893>> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023.

⁶⁶ <<https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023.

⁶⁷ <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat>> Erişim Tarihi: 05 Ağustos 2023.

⁶⁸ Carsten Schucht, ‘Entwicklungslinien im deutschen Produktsicherheitsrecht’ DVBL 12, 2013, 760,762.

⁶⁹ Yargıtay 17. HD, 11567/7145, 10.06.2019: Yargıtay bu kararında, konutun su tesisatının hatalı yapımından dolayı parkelerde zarar meydana geldiği olayda 4077 eTKHK 4/2 dayanarak ayıplı

3. Ürünün Uygunsuz Olması

Ürün sorumluluğuna ilişkin şartlar 7223 sayılı Kanun m. 6'da düzenlenmiştir. Birinci fıkrada "ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi" halinde, "bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür", ikinci fıkrada "zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur" şeklinde düzenleme mevcuttur. Kuşkusuz bu düzenleme 7223 sayılı Kanun'un en tartışmalı hususlarından biri olmuştur. Zira "uygunsuzluk" kavramı bu düzenleme ile ilk defa Kanun'daki yerini almıştır⁷⁰. Uygunsuzluk, 7223 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı m. 3/1 (r)'de "Ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali" olarak ifade edilmiş olsa da ürünün nasıl uygunsuz olacağı hakkında bir tanım yapılmamıştır. Esasında uygunsuzluk ile burada kastedilen ürünün güvenli olmamasıdır. Güvenli ürün kavramı 7223 sayılı Kanun m. 3 (e)'de ve Genel Ürün Güvenliği Yönetmelik m. 4 (d)' de tanımlanmaktadır. 7223 sayılı Kanun'daki tanımına göre güvenli ürün, "Kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün" iken Yönetmelik'e göre güvenli ürün, "Kullanım süresi ve uygulanabilir olduğu durumlarda hizmete sunulması, kurulumu ve bakımına ilişkin gereklilikleri dahil olmak üzere, normal ve makul ölçüde öngörülebilir koşullarda kullanımı risk taşımayan veya ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan, aşağıdaki unsurlar ele alındığında insan sağlığı ve güvenliği için yüksek düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ürünü" ifade etmektedir. Ayrıca Yönetmelik m. 4 (g)' de 7223 sayılı Kanun'dan farklı olarak güvenli ürün kavramını tanımlamaya yönelik "tehlikeli ürün" kavramını zikretmiştir. Bu kavram "güvenli" kelimesinin karşıt anlamı "tehlikeli" olması durumunu çağrıştırdığı ve bir ürün güvenli değil ise kesinlikle tehlikelidir çıkarımına yol açacağı için güvenli ürünü tanımlamakta isabetli olmamıştır⁷¹. Zira güvenli ürün olmasını sağlayan parametre ya teknik düzenlemelerdir ya da mevzuatta zikredilen standartlardır. Teknik düzenleme kavramına 7223 sayılı Kanun m. 3/1 (n)'de yer verilmiş ve "İdari hükümler de dâhil olmak üzere, ürünün niteliğini, işleme veya

malin neden olduğu ölüm veya yaralanmalara yol açan ve diğer mallara zarar veren olaylarda ayıplı mal imalatçısı yüklenicinin de müteselsilen sorumlu olduğuna yer verilmiştir <<https://legalbank.net/belge/y-17-hd>> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 553; Ergun Özsunay, 'Genel Değerlendirme' içinde Yeşim M. Atamer ve Başak Bayşal (eds) Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları I, (Oniki Levha Yayınları 2022) 325, 333.

⁷⁰ Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 559.

⁷¹ Baş (n 10) 371.

üretim yöntemlerini veya bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme veya uygunluk değerlendirme işlemlerini tek tek veya birkaçını ele alarak belirleyen uyulması zorunlu mevzuat” şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu bu düzenlemelerde dikkat çeken husus, Kanun koyucunun 85/374 sayılı AET Direktif’den ve ProdHaftG ayrışarak hata (fehler)⁷² ve ayıp (mangel) kavramlarından farklı bir terminolojiyi seçmiş olmasıdır. Bu ayrışmanın sebebi Türk hukukunda ürün sorumluluğunun Alman hukukunda olduğu gibi bağımsız bir Kanun’da değil, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda düzenlenmiş olmasıdır⁷³. Örneğin “uygun olmayan” kavramı 7223 sayılı Kanun’da daha çok ürün güvenliğine ilişkin m. 4/1, m. 7/1 (d), m.17/II, III gibi maddelerde kullanılmıştır. Bu durum kavramların birbirine karışmasına sebebiyet vermektedir⁷⁴. Zira Alman hukukunda ürün güvenliği Kanunu olarak Produktsicherheitsgesetz ve ürün sorumluluğu Kanunu olarak Produkthaftungsgesetz iki ayrı Kanun mevcuttur⁷⁵. Hâlbuki ürünün, ürün güvenliği hükümlerine uygun olmaması ile ürün sorumluluğu kurallarına göre güvenli olmaması aynı şey değildir. Ürün sorumluluğu üreticinin, ürünün hatalı olması nedeniyle meydana gelen zararları özel hukuk çerçevesinde tazmin etme yükümlülüğünü düzenlerken, ürün güvenliğinin konusunu, üreticinin/ithalatçının idari mercilere karşı resmi yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin ihlali durumunda muhtemel yaptırımları oluşturmaktadır. 7223 sayılı Kanun bu iki farklılığı da bünyesinde barındırmaktadır. Ürün sorumluluğunun ayrı bir kanunda düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Yaşanan kavram kargaşasının temelinde de bu farklılığın görmezden gelinmesi yatmaktadır.

Uygunsuzluk kavramının tercih edilmesi doktrinde oldukça eleştirilmiştir⁷⁶. Her ne kadar bir ürünün güvenli olması onun ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmasına bağlanmış ise de bu şart asgari bir şarttır⁷⁷. Teknolojinin hızla gelişmesine, piyasa şartlarının dinamik olmasına bağlı olarak teknik düzenleme standartlarının eskimesi ve güncel bilimin gerisinde kalması muhtemeldir. Kanun koyucunun bu değişimi takip ederek mevzuatta

⁷² Alman ProdHaftG m.1.’de hata anlamına gelen “Fehler” kavramına yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre hatalı bir ürünün, kişinin vücut bütünlüğüne, sağlığına veya malvarlığına zarar vermesi nedenli ile üretici sorumlu olacaktır.

⁷³ Polat (n 22) 995.

⁷⁴ Oral (n 29) 129.

⁷⁵ Kapoor und Klindt (n 34) 720; Schucht (n 68) 760 vd.

⁷⁶ Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 559 vd.; Çelt (n 15) 87; Kanişlı (n 21) 1435 vd.; Polat (n 22) 994 vd.; Sirmen (n 30) 74 vd; Oral (n 29) 129.

⁷⁷ Kanişlı (n 21) 1435; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 563.

güncellemeler yapması da zaman alacaktır ve piyasa gelişimini geriden takip edecektir⁷⁸. Dolayısı ile teknik düzenlemeye ve genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olan her ürünün güvenilir ve uygun olduğu söylenemez. Bundan dolayıdır ki 7223 sayılı Kanun m. 21'de tazminat sorumluluğundan kurutuluş kanıtı olarak *"imalatçının veya ithalatçının ... üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretimden kaynaklandığını ispat etmesi"* beklenmektedir.

Ürün sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada kendisinden beklenen haklı güvenliği sağlamayan bir ürünün mevcut olması gereklidir⁷⁹. Üründeki bu güvenlik eksikliği birçok farklı şekilde ifade edilmeye çalışılmış ve 7223 sayılı Kanun'da nihayet uygunsuz ürün olarak tanımlanmıştır. Bir ürünün "uygunsuz olması" halinin hangi kavramlar yardımı ile açıklanacak olması önemli bir husustur. Yukarıda da değindiğimiz gibi *"güvenli ürün"*, *"ayıp"*, *"hata"* kavramları sıkça kullanılmaktadır⁸⁰. Alman ProdHaftG m. 3'de güvenli olmayan bir ürünün *"hatalı"* olduğuna dair düzenlemeye yer verilmiştir. *"Doktrinde hatalı ürün, somut olayın şartları çerçevesinde, makul ve ortalama kullanıcı çevresinin beklemekte haklı olduğu güvenliği sağlamayan ürün"* olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Buna göre hatalı bir ürün güvenli olmayan bir üründür⁸². Ayıp ise *"ürünün sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri taşımaması"* dir⁸³. Nitekim üründeki ayıp sözleşme taraflarını ilgilendirmekte ve onların ifa menfaatinin korunmasına hizmet etmekte iken, üründeki hata sözleşmeye taraf olmayanları da ilgilendirdiği ve onların bütünlük menfaatlerini korumayı amaçladığından ayıp kavramı yerine hata kavramının kullanılması gerektiğini savunan fikirler vardır⁸⁴. Bir ürün ayıplı ama hatalı olmayabilir ya da tam tersi bir durumda hatalı ama ayıplı değildir⁸⁵. Aynı şekilde ürünün ayıplı ve hatalı olma durumu aynı anda da gerçekleşebilir. Bu durumdan çıkartılacak sonuç, üründen beklenen güvenliğin mutlak bir

⁷⁸ Kırca (n 3) 145; Kanişlı (n 21) 1452.

⁷⁹ Seehafer und Kohler (n 3) 214; Renate Schaub, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Hrsg.Prüting, Hanns, Wegen, Gerhard, Weinreich, Gerd) (17. Auflage, Luchterhand Verlag 2022) § 3 Rn.2.

⁸⁰ Ender Canpolat, 'Üretici ve Sorumluluğu' (2013) 71 (2) ABD 371, 377vd; Aydos, Risk (n 10) 1787 vd; Ünal ve Kalkan (n 10) 66.

⁸¹ Kanişlı (n 21) 1436.

⁸² Baş (n 10) 351.

⁸³ Kanişlı (n 21) 1436.

⁸⁴ Kanişlı (n 21) 1435; Havutçu (n 5) 23 vd.; Tarman (n 10) 316.

⁸⁵ Keser (n 43) 63; Oral (n 29) 130; Baş (n 10) 372.

güvenlik olmadığı bilakis, objektif kriterler ile belirlenebilecek makul bir güvenlik beklentisi olmasıdır⁸⁶. Bu bağlamda 85/374 sayılı AET Direktif m. 6'da yer alan, ürünün sunum tarzı, makul kullanım şekli ve ürünün üretildiği zamandaki piyasa koşulları gibi objektif kriterler dikkate alınabilir. Bir ürünün güvenli olmaması genel olarak şu dört alandaki muhtemel hatalardan kaynaklanmaktadır. Tasarım⁸⁷, fabrikasyon⁸⁸, bilgilendirme⁸⁹ ve gelişim⁹⁰ alanlarından birindeki eksiklik ile bir ürün üretilmiş ise o üründen beklenen güvenlik sağlanmamıştır⁹¹.

Gelişen teknoloji ve bilimle birlikte üründen dolayı zarar doğma riski bilinir hale gelmiş ise imalatçı gerekli tedbirleri almalı, ürünü kullananları en azında basın yoluyla bilgilendirmelidir⁹². Özellikle yapay zekâ kullanılarak üretilen ürünlerde veya insansız araçların kullanımında gelişim hataları ile karşılaşmak mümkündür⁹³. Binaların yapımında depreme dayanıklılığı artırmak için kullanılan sistemlerin istenilen ve beklenen güvenliği sağlamaması neticesinde insan hayatında ve malında zararların meydana gelmesi kaçınılmazdır⁹⁴.

Sonuç olarak bir ürünün uygun olmasını birbirinden farklı birçok faktör etkilemektedir. Nitekim “*uygunluk*” tespitinin, ürünün sadece teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmasına bağlı olmadığını, 7223 sayılı Kanun m. 21/II' de düzenlenen başka sebeplerin varlığı da göstermiştir.

⁸⁶ Çelt (n 15) 92; Polat (n 22) 991 vd.; Keser (n 43) 63.

⁸⁷ Seehafer und Kohler (n 3) 214; Katzenmeier, NK-BGB (n 43) Rn. 335; Hofmeister (n 56) 360; Demirci (n 5) 130.

⁸⁸ Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1059, 1062: Alman Federal Mahkemesi (BGHZ 181, 253) kararında pastaneden vişneli kurabiye alan kişi, kurabiyenin içinden çıkan vişne çekirdeğinden dolayı üst köşe dişini kırmış ve imalatçıya açtığı davada, imalatçıdan her vişneyi tek tek kontrol etmesini beklenemeyeceğini, vişneli kurabiye alan birinin kurabiyenin içinden vişne çekirdeği çıkma ihtimalini göz önünde bulundurması gerektiğinden bahisle fabrikasyon hatasından bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır.; Katzenmeier NK-BGB (n 43) Rn. 312, 313; Hofmeister (n 56) 360.

⁸⁹ Sigurd Littbarski, ‘Herstellerhaftung ohne Ende- ein Segen für den Verbraucher?’ NJW 1995, 217, 218 vd.; Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1059; Aydos, Risk (n 10) 1796; Keser (n 43) 27 vd.

⁹⁰ Tarman (n 10) 323.

⁹¹ Hofmeister (n 56) 360; Baş (n 10) 371.

⁹² Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1059; Katzenmeier, NK-BGB (n 43) Rn. 318 vd.

⁹³ Schaub (n 79) § 1 Rn.17.

⁹⁴ İngilteredeki kamuya açık binalarda kullanılan gaz betonlar nedeniyle bu binaların çok az belirtiyle veya hiç fark etmeden çökmüş olduğu gözlemlenmiştir <<https://www.tagesschau.de/ausland/europa/grossbritannien-schulschliessungen-100.h>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2023.

4. Piyasaya Arz Edilme

Uygunsuz üretilen ürünün piyasaya arz edilmiş olması gerekir⁹⁵. Henüz piyasa arz edilmemiş bir üründen dolayı ürün sorumluluğunun doğduğundan bahsedilemez. 7223 sayılı Kanun m. 3'de "ürünün piyasada ilk kez bulundurulması" piyasaya arz edilme olarak tanımlanmaktadır. Alman ProdHaftG m. 3/II ve 85/374 sayılı AET Direktif'in m. 6/II maddeleri gereğince piyasaya arz edilmiş mevcut ürün, sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmesi ile hatalı bir ürün olmayacaktır.

B. Zarar

Ürün sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulması için uygunsuz olan üründen dolayı bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. 7223 sayılı Kanun m. 6'da üründeki uygunsuzluk sebebi ile meydana gelen zararların üretici tarafından tazmin edilmesini düzenlemiştir, fakat zararın niteliği hakkında bir düzenleme yapmamıştır. Bununla beraber 7223 sayılı Kanun m. 6/V'de "*Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" şeklindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere maddi ve manevi zararlar ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilecek ve tazminatın miktarı ise TBK hükümlerine göre belirlenecektir.

Maddi zararlar kapsamında vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan, ölüme neden olan ve mala gelen zararlar yer almaktadır⁹⁶. Vücut bütünlüğünü ihlali neticesinde ortaya çıkan destekten yoksun kalma zararları ürün sorumluluğu hükümlerine göre tazmin edilebilecektir⁹⁷. Mala gelen zararlar bakımından doktrinde tartışma mevcuttur. Uygunsuz ürünün kendisinde meydana gelen zararların ürün sorumluluğu hükümlerine göre tazmin edilip edilmeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. 85/374 sayılı AET Direktif m. 9/I (b)'deki "*ayıplı ürün dışında*" ifadesine dikkat çeken görüş, 7223 sayılı Kanun'un 85/374

⁹⁵ Horst Kossmann, 'Der Handel im System der Produkthaftpflicht' NJW 1984, 1664, 1667; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 557; Alman hukukunda malvarlığında meydana gelen zarara konu olan malın, özel tüketim ve kullanıma özgülenmiş olması şartı vardır. Ticari amaçla kullanılan ve tüketilen eşyalarda meydana gelen zararlar bu kapsama dahil edilmezler. Bkz. Brox und Walker (n 9) 543.

⁹⁶ Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1061.

⁹⁷ Kossmann (n 95) 1664; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 567 vd.; Kanışlı (n 21) 1441; Akçura Karaman (n 19) 281.

sayılı AET Direktif'e uygun olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸. Kanunda bu tür ifadeye yer verilmediği için ürünün kendisinde meydana gelen zararların ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁹. Buna karşın bizim de katıldığımız diğer görüş ise, Kanun koyucunun 85/374 sayılı AET Direktif'teki ifadeyi bilinçli olarak Kanun metnine taşımadığını savunmaktadır. Kanun koyucu bu davranışı ile ürünün kendisinde meydana gelen zararların da ürün sorumluluğu kapsamına dahil edilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁰⁰. Depremde yıkılan binalar açısından değerlendirildiğinde hem binanın kendisine hem de binanın yıkılması ile başka bir mala veya cana gelen zararların ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi isabetli olacaktır. Yine uygunsuz olan su tesisatının patlaması ile ortaya çıkan zararların kapsamına hem tesisatın kendisinde hem de su patlaması ile diğer mallarda meydana gelen zararlar dahil edilmelidir.

Manevi zararların tazminine ilişkin hususlar 85/374 sayılı AET Direktifte ülkelerin iç hukuklarına bırakıldığından, TBK 56. Maddesi gereğince manevi zararlar da ürün sorumluluğu hükümlerince tazmin edilecektir. Aynı şekilde TBK 58. madde gereğince kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebi ile zarar gören, üreticiden manevi tazminat talebinde bulunacaktır¹⁰¹.

Uygunsuz üründen dolayı ortaya çıkan her zarar, ürün sorumluluğu hükümlerine göre tazmin edilebilir. 7223 sayılı Kanun'da ne malvarlığında meydana gelen, ne de bedensel bütünlüğü ihlal eden zararlar bakımından bir sınırlama öngörülmüştür. Fakat 85/374 sayılı AET Direktif m. 9'a göre bu mümkün değildir. Zararın miktarı bakımından sınırlama getirilmiştir. 500 Euro altında kalan zararları zarar gören karşılıken 500 Euro'yu aşan zararlar üretici tarafından tazmin edilecektir¹⁰². Aynı şekilde Alman hukukunda da zarar miktarında sınır belirtilmiştir. ProfHaftG m. 11'de mala gelen zararlar (sachbeschädigung) bakımından 500

⁹⁸ Akçura Karaman (n 19) 287: Burada zikredilen Alman Federal Mahkemesi kararında inşaatta kullanılan tuğlaların içindeki asbestosun yağmurda erimesiyle binanın penceresinde meydana gelen zararların haksız fiil hükümlerince tazmin edileceğine hükmetmiştir. Bkz. BGH NJW 1981, 2250; Atamer ve Kurtulan Güner (n 19) 568; Kanışlı (n 21) 1440.

⁹⁹ Schaub (n 79) § 1 Rn. 6; Brox und Walker (n 9) 543.

¹⁰⁰ Baş (n 10) 373; Oral (n 29) 131; Kırca (n 3) 154.

¹⁰¹ Oral (n 29) 132: Burada verilen örneğe göre Deprem dolayısıyla yıkılan binadan son dakika kurtulan ve üzerinde uygun kıyafeti olmaksızın dışarı çıkmak zorunda kalan kişi, kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebi ile uğradığı zararı müteahhitten üretici sıfatı ile talep edebilecektir.

¹⁰² Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1063.

Euro sınırı getirilmiştir¹⁰³. Bu sınır aynı zamanda zarar görenin zarara katılma miktarıdır. Bundan başka, Alman hukukunda 85/374 sayılı AET Direktif'ten farklı olarak zarar miktarı bedensel zararlar (personenschaden) için de sınırlandırılmıştır. ProdHaftG m. 10 ise bedensel zararlar bakımından en fazla 85 milyon Euro üst sınırını öngörmüştür. Bu düzenlemenin temelinde 85/374 sayılı AET Direktif'te Avrupa Birliği üye devletleri için 70 milyon Euro'luk limitin düzenlenmiş olması yatmaktadır. 85/374 sayılı AET Direktif m. 16 gereğince üye ülkeler ölüm veya yaralanmalara sebep olan aynı hataya sahip özdeş ürünlerin neden olduğu zararlardan dolayı üreticinin sorumlu olacağı meblağı 70 milyon Eurodan daha az olarak düzenleyemezler.

Ayrıca 7223 sayılı Kanun'da zarar gören eşyanın kullanımı hakkında bir düzenleme mevcut değilken, ProdHaftG 1/II Nr. 3 ve 85/374 sayılı AET Direktif'in 9/I (b) maddesi gereğince *hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir malın genel olarak özel kullanıma veya tüketime yönelik bir türden olması ve; zarara uğrayan kişi tarafından başlıca kendi özel kullanımı veya tüketimi için kullanılmış olması* öngörülmüştür¹⁰⁴. Sonuç olarak Direktife kıyasla, Kanun tazmin edilebilir zararlar ve ürünün kullanım amacı bakımından sorumluluk kapsamını daha geniş düzenlemiştir.

C. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı 7223 sayılı Kanun'un aradığı bir diğer şarttır. Buna göre uygunsuz ürün ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının varlığı gereklidir¹⁰⁵. Üretici tesadüfi veya tahmini mümkün olmayan zararları değil, uygunsuz ürün nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmin etmekle yükümlüdür¹⁰⁶. Zarar gören, 7223 sayılı Kanun m. 6/II gereğince illiyet bağını ispatlaması gereken kişidir. Zararın doğmasında üçüncü kişilerin fiilleri 7223 sayılı Kanun m. 21/III ve 85/374 sayılı AET Direktif m. 8'de aynı yönde değerlendirilmiştir. "*Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalden kaynaklanmış olması imalatçı veya ithalatçının tazminat sorumluluğunu azaltmaz*". Zarar ürünün uygunsuz üretilmiş olmasından veya üçüncü kişinin aktif bir fiilinden ya da ihmalkâr davranışından dolayı ortaya çıkmış olmalıdır. Üçüncü kişinin zarara

¹⁰³ Schaub (n 79) § 10 Rn.1, 2.

¹⁰⁴ Schaub (n 79) § 1 Rn.7.

¹⁰⁵ Keser (n 43) 209 vd; Atamer ve Kurtulan Güner (n 21) 571; Akçura Karaman (n 19) 264.

¹⁰⁶ Kossmann (n 95) 1667; Polat (n 22) 1005; Sirmen (n 30) 80, Karşit Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1062; Hofmeister (n 56) 361.

sebebiyet veren davranışından dolayı üreticinin sorumluluğunda bir değişiklik meydana gelmez. Örneğin dükkân sahibi tarafından kolonların kesilmesi, kirişlerin tıraşlanması, dolgu duvarların yıkılması halinde binanın müteahhidinin tazminat yükümlülüğünde azaltıcı bir etkiye sahip olmayacaktır.

Alman hukukunda ise ProdHaftG m. 1/IV'ün birinci cümlesi gereğince *“hata, zarar ve hata ile zarar arasındaki illiyet bağı zarar gören tarafından ispatlanmalıdır”*¹⁰⁷. Fakat aynı hükmün ikinci cümlesinde istisnai bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, imalatçının *“ProdHaftG m.1/II veya m.1/III paragraflarında yer alan kurutuluş kanıtlarından birini getirmesi ile sorumluluktan kurtulabilmesi kesin değil yani tartışmalı ise o zaman hata, zarar ve hata ile zarar arasındaki illiyet bağı imalatçının kendisi tarafından ispatlanması gerekmektedir”*. Böylece ispat yükü yer değiştirmektedir (Beweislastumkehr)¹⁰⁸. İmalatçının sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerden ve ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olabilecek kurtuluş kanıtlarından *“imalatçının ürünü piyasaya kendisinin arz etmemiş olması”* (ProdHaftG 1/II 1), *“üründeki hatanın ürünün piyasaya arz edildiği anda mevzuata uygun olmasından kaynaklanması”* (ProdHaftG 1/II 4) Türk hukuku ile benzerlik arz etmektedir. Fakat *“şartlar göz önünde tutulduğunda, imalatçının ürünü piyasaya arz ettiği anda zarara sebep olan hatanın üründe henüz bulunmuyor olması”* ProdHaftG 1/II 2; *“imalatçının ürünü ne satmak veya başka yollarla piyasa sürmek üzere ticari amaçla ne de mesleki faaliyet çerçevesinde üretmiş veya piyasaya sürmüş olması”* (ProdHaftG 1/II 3); *“imalatçının ürünü piyasaya arz ettiği zaman diliminde bilimin ve tekniğin düzeyine göre üründeki hatanın bilinmesinin/tanımlanmasının mümkün olmaması”* (ProdHaftG1/II 5); ya da *“imalatçının bütünleyici parçanın üreticisi olduğu ve bu bütünleyici parçanın bünyesine yerleştirildiği ana ürünün tasarlanmasındaki hatadan ya da bu ana ürünün kullanım kılavuzundaki hatadan kaynaklandığı durumda”* (ProdHaftG1/III) gibi durumlar Türk hukukunda düzenlememiş olan kurtuluş kanıtlarıdır.

III. SORUMLULUK SÜJESİ OLARAK İMALATÇI

Ürünün uygunsuz üretiminden kaynaklanan zararlardan imalatçı sorumlu tutulmuştur. İmalatçı kavramı 7223 sayılı Kanun m. 34/ I (g)'de *“ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile*

¹⁰⁷ § 1 IV 1 ProdHaftG: Für den Fehler, den Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden trägt der Gescheädigte die Beweislast.

¹⁰⁸ § 1 IV ProdHaftG: Ist streitig, ob die Ersatzpflicht gemäß Absatz 2 oder 3 ausgeschlossen ist, so trägt der Hersteller die Beweislast.

piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır. 7223 sayılı Kanun'un bu tanımından hareketle imalatçı, sadece nihai üretici midir yoksa hammadde üreticisi veya ara üretici de imalatçı olarak kabul edilmeli midir sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya ilişkin doktrinde iki yönlü cevap mevcuttur. İlk görüş, imalatçının sadece nihai üretici olduğunu savunmaktadır¹⁰⁹. Ara üretici veya hammadde üreticisi ürün sorumluluğu kapsamında imalatçı olarak kabul edilmemelidir. Buna karşın bizim de katıldığımız ikinci görüş kanun maddesinin geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır¹¹⁰. Nihai imalatçının yanında hammadde üreticisi ve ara üretici de imalatçı kavramına dahil edilmelidir¹¹¹. 7223 sayılı Kanun'da zikredildiği gibi imalatçı kavramından sadece ürünü kendi imal etmiş kişi değil, ürünü başkasına imal ettirmiş, ürüne kendi ismini vererek veya kendi ticari markası ile bir ürünü piyasaya arz etmiş kişi de anlaşılmalıdır¹¹². Bu hususlara göz önüne alındığında müteahhit imalatçı olarak kabul edilmelidir.

IV. SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN VEYA SINIRLAYAN HALLER

İmalatçının ürün sorumluluğu kapsamında sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran haller 7223 sayılı Kanun'un m. 21/II'de düzenlenmiştir. Zikredilen madde metninde İmalatçı için üç farklı kurtuluş kanıtına yer verilmiştir¹¹³. İmalatçı şayet ürünü kendisinin piyasaya arz etmediğini; üründeki uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını ve de üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını ispatlarsa,

¹⁰⁹ Sirmen (n 30) 82 vd.

¹¹⁰ Brox und Walker (n 9) 542: İmalatçının tespit edilememesi durumunda Tedarikçinin de İmalatçı gibi sorumlu olması öngörülmüştür. Bunun sebebi, ürünle muhatap olan kişinin korumasız kalmasını engellemektir; Atamer ve Kurtulan Güner (n 21) 548; Polat (n 22) 1007; Oral (n 29) 133; Murat İnçeoğlu, 'Ürün Sorumluluğunda Sorumlular' içinde Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (eds) Sorumluluk Hukuku Konferansları I, (Oniki Levha Yayınları 2022) 82, 83 vd.

¹¹¹ Kossmann (n 95) 1667; Seehafer und Kohler (n 3) 216; Polat (n 22) 1008; Oral ilk görüşü reddetmekle beraber 7223 sayılı Kanun'un m. 3/I (k), (i) ve m.6/III'deki düzenlemeye vurgu yaparak kanunun geniş yorumlanmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Bkz Oral (n 29) 133; Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1063.

¹¹² Alman Hukukunda ürünü kendisi imal etmemiş fakat kendi ismiyle veya markasıyla bir ürünü piyasaya arz eden kişi için görünüşte üretici anlamına gelen *Anscheinproduzent* ya da *quasi Hersteller* kavramı kullanılmaktadır. Daniel Geiger, 'Quasi-Hersteller und Beweisvereitelung im Produkt haftungsprozess Eine Besprechung von OLG Koblenz vom 24.07.2012' (Az.: 5 U 299/12) MPR 2013, 46, 46; Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1063; Brox und Walker (n 9) 541.

¹¹³ 85/374 sayılı AET Direktif, 7223 sayılı Kanun'dan farklı olarak kurtuluş kanıtı hallerini geniş tutmuş ve m.7'de altı farklı kurtuluş kanıtı düzenlenmiştir.

Kanun'da belirtilen idari yaptırımlara maruz kalmayacaktır. Ayrıca bu şartlardan birini ileri süren imalatçı 7223 sayılı Kanun'un m. 21/III gereğince tazminat sorumluluğundan da kurtulabilir. Müteahhit binadaki uygunsuzluğun üçüncü kişilerin kullanımından veya müdahalesinden kaynaklandığını yahut binanın inşa edildiği dönemde teknik raporlara uygun olarak yapıldığını ileri sürerek hem idari hem de tazminat sorumluluğundan kurtulmaya çalışabilir.

A. Ürünün İmalatçı Tarafından Piyasaya Arz Edilmemiş Olması

İmalatçı, ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini ispatlarsa tazminat sorumluluğundan kurtulabilir¹¹⁴. 85/374 sayılı AET Direktif ve 7223 sayılı Kanun, ürünün imalatçının elinden çıkış şekli ve amacı noktasında ayrıştırmaktadır. Zira 85/374 sayılı AET Direktif m.7'ye göre üretici sorumluluktan kurtulmak için ürünü dolaşıma sokmuş (in den Verkehr bringen) olması gerekir. Buna karşın Kanunun m. 21'de imalatçının sorumluluktan kurtulabilmesi ancak ürünün piyasaya arz edilmesi (auf den Markt bringen) ile mümkündür. Bu iki kavram birbirlerinden farklı şeyleri ifade etmektedir. "Ürünün dolaşıma sokulması" ifadesinden, ürünün üreticinin etki alanından çıkmış olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁵. "Ürünün piyasaya arz edilmesi" ise ürünün piyasada ilk defa bulundurulması olarak tanımlanmaktadır. 7223 sayılı Kanun m. 3/1 (i)'de yapılan tanımla piyasada bulundurma kavramından "Ürünün ticari faaliyet yoluyla, bedelli veya bedelsiz olarak dağıtım, tüketim veya kullanım için piyasaya sağlanması" anlaşılmaktadır. Taşınmaz yapılar bakımından piyasaya arz, inşaatın bitirildiği andır¹¹⁶. Müteahhittin bu kurtuluş kanıtından yararlanarak tazminat sorumluluğundan kurtulması ihtimal dahilinde değildir. Zarara neden olan yapının kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini ispat etmeye çalışması hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır.

B. Üçüncü Kişinin Ürüne Müdahalesi

Üründeki uygunsuzluğa üçüncü kişinin müdahalesinin neden olduğunu ispatlayan imalatçı, yine tazminat sorumluluğundan kurtulabilir. Ürün üreticinin kontrol ve etki alanında bulunuyor veya henüz dolaşıma sokulmuş iken uygunsuz hale gelmiş ise, imalatçının sorumluluğu hala devam etmektedir. Kanuna göre üçüncü

¹¹⁴ Schaub (n 79) § 1 Rn. 13.

¹¹⁵ Thomas Klindt, 'Der „new approach“ im Produktrecht des europäischen Binnenmarkts: Vermutungswirkung technischer Normung' EuZW 2002, 133, 133: Burada ürünün doğduğu saat anlamına gelen "Geburtsstunde" tabiri kullanılmıştır; Polat (n 22) 1028; Beierle (n 46) 23vd.

¹¹⁶ Oral (n 29) 137.

kişinin müdahalesi ile ürünün uygunsuz hale gelmesi ancak ürünün piyasaya arz edilmesinden sonra mümkündür¹¹⁷. Üçüncü kişinin ürüne müdahalesine ilişkin, binadaki su ve elektrik sayaçlarının sonradan değiştirilmesi nedeni ile su basması veya yangın çıkması, mevcut tesisatın kaldıramayacağı kadar çok sayıda klima takılmasından dolayı binanın yanması, doğalgazın güvenli kullanımına hizmet etmek üzere açılan hava akışı deliklerinin kapatılması gibi bir çok örnek verilebilse de en çarpıcı örnek, daha fazla kullanım alanı açmak için binadaki mevcut kolonları kesmek, tıraşlamak veya destek duvarları yada asansör tablalarını kaldırmak olarak gösterilebilir¹¹⁸. Bu örneklerde olduğu gibi müteahhittin sorumluluktan kurtulması mümkün olabilir. Fakat burada önemli olan müteahhittin binayı teknik düzenlemelere ve diğer teknik kurallara uygun inşa etmiş olmasıdır. Aksi halde yukarıda da belirttiğimiz gibi binanın uygunsuz inşa edilmiş olmasının yanı sıra üçüncü kişinin binaya müdahalesinden dolayı bir zarar meydana gelmiş ise müteahhit, 7223 sayılı Kanun'un m. 21/III gereğince sorumluluktan kurtulamaz.

C. Ürünün Teknik Düzenlemelere veya Diğer Zorunlu Teknik Kurallara Uygun Olarak Üretilmesi

İmalatçıyı sorumluluktan kurtarabilecek bir diğer durum ise, üründeki uygunsuzluğun ürünün teknik düzenlemeler veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklanmasıdır¹¹⁹. Burada belirleyici olan husus, ürünün imalatı sırasındaki yasal ve teknik düzenlemelerin emredici hükümleridir¹²⁰. 7223 sayılı Kanun m.3/1 (n)'de Teknik düzenlemelere idari hükümler de dahil edildiğinden Müteahhit, binanın yapımında gerekli resmi izinlerin alındığını, emredici üretim tekniğine bağlı kalındığını ileri sürerek tazminat sorumluluğundan kurtulabilir.

D. Zarar Görenin Kusuru

Tam sorumsuzluk veya kısıtlı sorumluluk için kurtuluş kanıtı olabilecek başka bir durum da Kanunun m. 21/IV'de düzenlenmiştir. Mezkûr maddeye göre "*Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış olması halinde, imalatçının tazminat*

¹¹⁷ Brox und Walker (n 9) 544.

¹¹⁸ Oral (n 29) 134.

¹¹⁹ Seehafer und Kohler (n 3) 214.

¹²⁰ Schaub (n 79) § 1 Rn.16.

sorumluluğu, hal ve şartlara göre azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir."¹²¹ Maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde TBK'nın uygulanacağı Kanunun m. 6/IV'te düzenlendiğini yukarıda belirtmiştik. Bu bağlamda Kanunun m. 21/VI ve TBK m. 52/I'nin paralellik arz ettiği gözden kaçırılmamalıdır. TBK m. 52/IV'e göre hâkimin imalatçının tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırması veya kısıtlaması için, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olmalıdır. Evi yıkılan bina sakininin, binanın kolonlarının kesilmesine veya birinci kattan başlayan asansörün binada yapılan tadilat ile giriş kattan başlanmasına razı olması müteahhittin tazminat sorumluluğunda indirim sebepleri gibi tamamen de kaldırılmasına neden olabilir.

V. İSPAT YÜKÜ VE RÜCU HAKKI

7223 sayılı Kanun m. 6/II gereğince ürün sorumluluğu kapsamında imalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zararın ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki illiyet bağının ispat yükü zarar gören tarafa yükletilmiştir¹²². 85/374 sayılı AET Direktif bu nokta da Kanun'dan ayrılarak ispatı istenen hususları ağırlaştırmıştır. Direktif m. 4'e göre zarara uğrayan kişi sadece zararı ve zarar ile hata arasındaki nedensellik bağını değil aynı zamanda uygunsuzluğu da ispatla mükelleftir.

Tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran 7223 sayılı Kanun m. 21'de zikredilen durumlara ilişkin ispat yükü ise imalatçıdadır¹²³. Zararın sadece üründeki uygunsuzluktan kaynaklanmadığını aynı zamanda üçüncü kişilerin aktif fiili veya ihmalkarlığından da kaynaklandığını ispatlayan imalatçı sorumluluktan kurtulmamaktadır. Fakat üçüncü kişilere rücu hakkı mahfuzdur. Burada üçüncü kişilerin fiillerinin veya ihmalkâr davranışlarının derecesi önem arz etmektedir. Fiilin veya ihmalkârlığın nedensellik bağını kesecek derecede yoğunlaşması imalatçının sorumluluğuna engel olacaktır¹²⁴.

VI. ZAMANAŞIMI

Ürün sorumluluğunda geçerli olacak zamanaşımı süreleri hem 85/374 sayılı AET Direktif m.10/I'de hem de 7223 sayılı Kanun m. 6/VI' de üç ve on yıl

¹²¹ Schaub (n 79) § 5 Rn.2.

¹²² Seehafer und Kohler (n 3) 214; Schaub (n 79) § 1 Rn.20.

¹²³ Fuchs und Baumgärtner (n 22) 1063.

¹²⁴ Polat (n 22) 1032; Oral (n 29) 135.

öngörülmüştür. Zaman aşımı süreleri aynı olsa da bazı farklılıklar vardır. Kanun m.10/1' e göre "Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır". Buna göre zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için iki şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanunda zikredilen "ve" kelimesinden dolayı zarar gören iki bilgiye sahip olmalıdır. Üç yıllık zamanaşımı süresi zarar görenin zararı "ve" tazminat yükümlüsünü öğrendiği an işlemeye başlayacaktır. 85/374 sayılı AET Direktif m. 6/VI' e göre ise "Zaman aşımı süresi, zarar görenin, zararı, hatayı ve üreticinin kimliğini öğrendiği veya makul olarak öğrenmiş olmasının beklendiği tarihten itibaren işlemeye başlar". 7223 sayılı Kanun'dan farklı olarak 85/374 sayılı AET Direktifte zarar görenin sahip olması gereken bilgi üç türdür. Zarar gören zararı, hatayı ve üreticinin kimlik bilgisini öğrenmiş olmalıdır. 7223 sayılı Kanun, zarar görenin hatayı bilmesi gerektiği şartını aramazken, 85/374 sayılı AET Direktif zamanaşımı süresinin başlaması için zarar görenin zararı, üreticinin kimlik bilgisini ve ayrıca hatayı öğrenmiş olması şartını aramaktadır.

VII. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI

Sanayileşme ile birlikte gelen seri üretim tarzı sebebi ile genellikle ürünün imalatçısı ile satıcısı artık aynı kişiler değildir¹²⁵. Bir ürün, nihai kullanıcıya ulaşana kadar bir sürü zincir halkasından geçmektedir¹²⁶. Bundan dolayı da nihai kullanıcı, ürünü zincirin son halkası olan satıcıdan temin etmektedir. Dolayısıyla nihai kullanıcı, sözleşmeyi imalatçı ile değil satıcı ile yapmaktadır. İstisnai olarak üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu, binayı inşa eden müteahhidin satış yapması gibi durumlara son yıllarda sık rastlanmaktadır. Bu tür bir durumda nihai kullanıcı, sözleşmeyi üretici ve satıcı sıfatının aynı şahısta birleştiği müteahhit ile yapmaktadır. Söz konusu sözleşmeye dayanarak müteahhidin ürünündeki ayıptan dolayı sorumlu olması mümkündür¹²⁷. Uygunsuz ürünün sebep olduğu zararlar ise müteahhit tarafından ürün sorumluluğu hükümleri gereğince tazmin edilecektir. Dolayısıyla müteahhittin sorumluluğu hem sözleşmeye hem de ürün

¹²⁵ Atamer Yeşim M, 'Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu' içinde Ebru Ceylan (ed) Tüketicinin Korunması Semineri (Yetkin Yayınları 2007) 73, 73; Hayrunnisa Özdemir, 'Ayıplı Mal, Tüketici Hukuku Davaları' içinde Oya Şahin McCarthy ve Mutlu Dinç (eds) (Seçkin Yayıncılık 2017) 129, 178 vd; Tarman (n 10) 301.

¹²⁶ Baş (n 10) 352; Aydos (n 3) 92.

¹²⁷ Tarman (n 10) 303; Ünal ve Kalkan (n 10) 51; Atamer (n 125) 73.

sorumluluğu hükümlerine dayanabilir. Böylesi bir durumda müteahhittin sözleşme dışı sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğu yarışacaktır¹²⁸.

Zarar gören TBK m. 60'de yer alan "bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir, hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir" şeklindeki düzenlenmeye göre bir değerlendirme yapıp, kendisi için uygun olduğuna inandığı sorumluluk hükümlerine dayanarak zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Sözleşmesel sorumluluğun tercih edilmesi halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gündeme gelecektir. Üretici ile zarar gören arasında yapılan sözleşme karşılıklılık esasına (synallagma) dayandığından menfaatler dengesinin korunması amaçlanmıştır¹²⁹. Bundan dolayı zarar görene seçimlik haklar tanınmıştır. Bu haklardan bir tanesi de zarar görenin hem ifa hem de bütünlük menfaatlerinde meydana gelen zararlara yönelik üreticiden talep edeceği tazminat hakkıdır¹³⁰. Önemle belirtmek gerekir ki, bu hak sadece sözleşmenin taraflarına tanınmış bir haktır. Fakat ürün sorumluluğu sözleşme dışı, özel bir haksız fiil sorumluluğudur¹³¹. Bu yüzden zarar görenin sadece bütünlük menfaati (integritaetsinteresse) yani vücut, can ve mal bütünlüğü korunmaktadır. Söz konusu hakların uygunsuz ürün sebebiyle ihlali neticesinde üreticinin sorumluluğu herkese karşıdır¹³². Bu bakımdan taşınmaz yapının uygunsuz olmasından dolayı yıkılmasıyla yaralanma, ölüm ve malvarlığında meydana gelen zararlar nedeni ile sadece müteahhit ile sözleşme yapan taraf değil, herkes ürün sorumluluğu hükümlerince imalatçı sıfatı ile müteahhitten zararın tazminini talep edebilir.

¹²⁸ Canpolat (n 80) 397.

¹²⁹ Demirci (n 5) 138.

¹³⁰ Havutçu (n 5) 35.

¹³¹ Yargıtay 4. HD, 517/3348, 11.04.2000 tarihli, davalının imal ettiği buzdolabının elektrik aksamındaki arıza nedeniyle yangının meydana gelmesine neden olduğu, bunun sonucunda ev eşyasının zarar gördüğü konu edilen davada Yargıtay, davacı ile davalı arasında bir satış sözleşmesi bulunmamakla birlikte davalının sorumluluğunun hukuki dayanağının imalatçının sorumluluğu esaslarına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, davalı imalatçının hatalı mal üretmesinin hukuka aykırı bir eylem olduğu kanaatine varmıştır <<https://legalbank.net/belge>> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2023.

¹³² Al (n 28) 1810; Akçura Karaman (n 19) 313; Samim Ünan, 'Ürün Sorumluluğu Sigortası' içinde Yeşim M. Atamer, Başak Baysal (eds) Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları I, (Oniki Levha Yayınları 2022) 291, 299.

Zarar gören, taşınmazların uygunsuz olması halinde uğradığı zararları TBK m. 69 gereğince yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine giderek tazmini talep edebilir¹³³. Fakat 7223 sayılı Kanun metninde yer alan *taşınmazın yapımındaki bozukluk "ve" bakımındaki eksikliklerden* ifadelerinden anlaşılacağı üzere yapı maliki, binanın yapımına hiçbir dahli olmadığı halde zarar görene karşı sorumlu olacaktır. Zarar görenin tazminat talebini yöneltmesi için, yapı malikinin hem taşınmaz yapımındaki bozukluktan hem de bakımındaki eksikliklerinden dolayı sorumlu olması gerekir. Şu halde, insanların hayatına, vücut bütünlüğüne ve mallarına zarar veren taşınmazlara ilişkin yapı malikinin kusursuz sorumluluğu hükmü oldukça ağır bir hükümdür. Müteahhitler çok sayıda, birbirinden farklı ürünlerini piyasaya sunmaktadırlar. Alıcılar ise gerekli teknik bilgiye sahip olmadıklarından, rastgele örnek alma (stichprobe) yöntemi ile kontrol sağlayamadıklarından¹³⁴, çoğu zaman gösterilen örnek yapıların yanılığa sebebiyet verdiğinden ve de gerçekte uyuşmadığından, yapı malikinin binanın yapımından sorumlu tutulması hakkaniyete uygun değildir. Ürün sorumluluğunun temel amacının "zayfın korunması" olduğu dikkate alındığında¹³⁵, yapı malikinden sıradan bir tüketici olarak sahibi olduğu yapının ürün teknik kalitesi hakkında gerçek bir bilgiye müteahhit kadar sahip olması beklenemez¹³⁶. Örneğin kullanılan kumun deniz kumu olup olmadığı, su ve elektrik tesisatının güvenli bir malzeme ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini malikin neredeyse bilmesine imkân yoktur. Malik, imar ve iskân izinlerinin mevcudiyetinden hareketle güvenli bir yapıda ikamet ettiğine inanmaktadır.

Bir zarar için sadece bir defa tazminat talebinde bulunmak mümkün olduğundan¹³⁷ zarar gören, TBK m. 60 gereğince sözleşme veya yapı malikinin sorumluluğu ya da ürün sorumluluğu arasında bir seçim yaparak imalatçıdan zararların tazmin edilmesi talep edebilecektir. Bütün bunlar göz önüne alındığında taşınmazların yapımından kaynaklanan uygunsuzlukların neden olduğu zararları ürün sorumluluğu rejimine dahil etmek zarar gören açısından daha kapsamlı bir koruma sağlayacaktır.

¹³³ Akçura Karaman (n 19) 282.

¹³⁴ Thomas Klindt 'Produktrecht in der aktuellen Rechtsprechung' NJW 2018, 3757, 3758.

¹³⁵ Özsunay, Değerlendirme (n 69) 331.

¹³⁶ Özsunay, Değerlendirme (n 69) 330.

¹³⁷ Oral (n 29) 139.

SONUÇ

Ürün sorumluluğu, üreticinin piyasaya sunduğu güvenli olmayan ürün sebebi ile kişinin şahsında veya malvarlığında meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğüdür. Üretimin seri şekilde yapılmasından kaynaklı olarak imalatçının özen sorumluluğunu tam olarak yerine getirmiş olsa dahi, ürünün hatalı olup olmadığını tek tek kontrol etme imkanına ve zamanına sahip olmaması, hatalı bir ürünün piyasaya arz edilmiş olma ve kitlelerin zarar görme ihtimalinin yüksek olması dolayısıyla ürün sorumluluğu bir tehlike sorumluluğudur. 7223 sayılı Kanun m. 6'a göre ürün sorumluluğunun doğması için uygunsuz bir ürün piyasaya sürülmüş, ürünün uygunsuz olması sebebi ile zarar meydana gelmiş ve uygunsuzluk ile zarar arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır.

Türk hukukunda taşınmazlar ürün olarak değerlendirilemezler ve ürün sorumluluğu hükümleri de sadece taşınır mallar için uygulanmalıdır şeklindeki görüşün aksine bilakis hem 85/374 sayılı AET Direktif m. 2'ye hem de Alman Prod-HaftG m. 2'ye göre taşınırın bir taşınmazın parçası olması halinde ürün özelliklerini kaybetmedikleri için, birçok taşınır parçanın birleşmesi ile meydana gelen binalar da ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidirler. Taşınmaz yapılar, arsa üzerine birçok taşınırın bir araya gelmesi ile inşa edildiğinden bu kapsamda ürün olarak kabul edilmelidirler. 85/374 sayılı AET Direktifi kendi iç hukuklarına uygulayacak olan her ülkenin toplumsal ve hukuksal yapıları, problem alanları ve ihtiyaçları farklıdır. Bundan dolayıdır ki her üye ülkenin kavram tanımlarını kendi iç hukuk mevzuatlarına göre yapma serbestisi vardır. Ürün kavramı günümüz ve ülkemiz gerçekliğine uygun olarak tanımlanmalıdır. Zira Kanun koyucunun niyeti ürünle teması olan herkesi, temas ettiği her nesneyi en geniş yelpazede ürün olarak kabul ederek korumaya çalışmaktır. Ülkemizde taşınmaz yapı sektörünün "seri üretim" şekline geçtiği gerçeği dikkate alınarak "bina" ürün sorumluluğu hükümlerince ürün olarak kabul edilmelidir.

Uygunsuz üründen dolayı ortaya çıkan zararlardan sadece ürünü kendi imal etmiş kişi değil, ürünü başkasına imal ettirmiş, ürüne kendi ismini vererek veya kendi ticari markası ile bir ürünü piyasaya arz etmiş kişi imalatçı sıfatı ile sorumlu olacaktır. Bu bakımdan müteahhit de imalatçıdır.

7223 sayılı Kanun'da belirtilen idari yaptırımlara maruz kalmamak ve tazminat sorumluluğundan kurtulmak amacıyla imalatçı kurtuluş kanıtı getirmelidir. Zarar gören, kurtuluş kanıtlarından birini getirememiş imalatçıdan TBK m. 60 gereğince farklı hükümlere dayanarak zararının giderilmesini talep edebilir. İmalatçı ve satıcı sıfatının aynı kişide birleştiği durumlarda sözleşmeye dayanılarak

zararın tazmin edilmesi istenebilir ki, bu hak sadece sözleşmenin taraflarına tanınmıştır. Ayrıca zarar gören, taşınmazların uygunsuz olması halinde uğradığı zararların tazminini TBK m. 69 gereğince yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine giderek de talep edebilir. Bu sorumluk türü binanın yapımına dahil olmayan malikin hem taşınmaz yapımındaki bozukluktan hem de bakımındaki eksikliklerinden dolayı sorumlu olmasından dolayı ağır bir sorumluluktur. “Bina”yı uygunsuz üreten gerçek sorumluların bulunması ve sözleşmeye taraf olmayan zarar görenlerin de zararlarının tazmin edilmesi ancak ürün sorumluluğu hükümlerince sağlanabilecektir. Tehlike sorumluluğu kurumunun ana karakteri dikkate alınarak otonom bir yorum ile binanın ürün olarak görülmesi, Kanun mantığına ve Kanun koyucunun amacına aykırılık teşkil etmeyecektir. Taşınmaz yapıların uygunsuz üretiminden kaynaklanan zararların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi zarar görenler açısından daha kapsamlı bir koruma sağlayacağı gibi, müteahhitleri de imalatçı sıfatı ile daha dikkatli, güvenli ve uygun yapılar yapmaya teşvik edecektir. Tüm bu hususlarla beraber teknolojik gelişmeler ve ülke gerçeği dikkate alınarak Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda yapılacak düzenlemelerle tartışmalara son verilmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman T, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu (Vedat Kitapçılık 2008).
- Akkayan - Yıldırım A, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kursesiz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu' (2012) 70 (1) İÜHFM 203- 220.
- Al D, '7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu' (2020) 15 (169) THD 1802-1814.
- Atamer YM, 'Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu' (Ed Ceylan E) Tüketicinin Korunması Semineri (Yetkin Yayınları 2007) 73- 84.
- Atamer YM ve Kurtulan Güner G, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?' (2021) 2 (70) AÜHFD 543-588.
- Atabek R, 'İmalatçının 3. Kişilere Karşı Sorumluluğu' (1979) 10 (1) BATİDER 159-175.
- Aydos OS, Ürün Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2009).
- - 'Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü' (2013) XVII (1-2) GÜHFD 1785-1802 (kis. Aydos, Risk).
- Baş S, '7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış' (2022) 13 (52) TAAD 349-382.
- Baykan R, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri (2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2005).
- Beierle B, 'Die Bedeutung des Inverkehrbringens für IoT-Produkte bei der Produkthftung' ZfPC 2022, 22-27.
- Brox H und Walker W-D, Besonderes Schuldrecht (28. Auflage, C.H.Beck 2003).
- Canpolat E, 'Üretici ve Sorumluluğu' (2013) 71 (2) ABD 371-398.
- Çekin MS, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu (Oniki Levha Yayıncılık 2016).
- Çelt, DÖ, 'Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu' (2021) 7 (1) AndHD 73-114.
- Demirci S, 'Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış' (2019) 77 (3) ABD 119-180.
- Deutsch E, 'Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri, Temyiz Kudreti Hukuka Aykırılık, Kusur ve Tehlike Sorumluluğu' (Şeref Ertaş çev, 8 Mayıs 1981 Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Konferans Metni) 245-259.
- Ding Q, Die Produkthftung nach dem deutschen und chinesischem Recht (LIT Verlag 2004).

- Dönmez Ü, 'Türk ve Alman ilaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri' (2016) 7 (1) İÜHFD 2016 381-405.
- Erlüle F, 'Yapımcının Sorumluluğu' (2008) 14 (4) MÜHFD 303-340.
- Fuchs M und Baumgärtner A, 'Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung' JuS 2011, 1057-1063.
- Geiger D, '„Quasi-Hersteller“ und Beweisvereitelung im Produkt haftungsprozess Eine Besprechung von OLG Koblenz vom 24.07.2012' (Az.: 5 U 299/12) MPR 2013, 46-49.
- Günergök Ö, 'Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü' (2008) XII (3-4) EÜHFD 313-350.
- Havutçu A, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2005).
- T. Hofmeister S, 'Produkthaftungsrecht im Kontext neuer Technologien- eine Einführung' JA 2022, 358-362.
- İnceoğlu M, 'Ürün Sorumluluğunda Sorumlular' içinde Yeşim M.Atamer, Başak Baysal (eds) Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları I, (Oniki Levha Yayınları 2022) 82-92.
- Kanışlı E, 'Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu' (2020) 3 (78) İHFM 1413-1468.
- Kara İ, İmalatçının Ürün Sorumluluğu (Yetkin Yayınları 2021).
- Karaman T, 'Üreticinin Sorumluluğu' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs) Ankara 2009, 295-308.
- Kapoor A und Klindt, T, 'Das neue deutsche Produktsicherheitsgesetz (ProdSG)' NVwZ 2012, 719-724.
- - 'Aktuelle Entwicklungen im Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht' NJW 2022, 1573 -1579 (kıs.Kapoor und Klindt, Aktuell).
- Katzenmeier C, 'Entwicklungen des Produkthaftungsrechts' JuS 2003, 943- 951.
- Katzenmeier C, Hrsg.Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht (4. Auflage, Nomos 2021) § 823 BGB Rn. (kıs.Katzenmeier, NK-BGB).
- Keser Y, Ürün Sorumluluğu (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Kırca Ç, Ürün Sorumluluğu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007).
- Klindt T, 'Produktrecht in der aktuellen Rechtsprechung' NJW 2018, 3757-3760, (kıs.Klindt, Produktrecht).
- - 'Der „new approach“ im Produktrecht des europäischen Binnenmarkts: Vermutungswirkung technischer Normung' EuZW 2002, 133-136.
- Kossmann H, 'Der Handel im System der Produkthaftpflicht' NJW 1984, 1664-1667.

- Kulaklı E, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (XII Levha Yayıncılık 2009).
- Kullmann HJ, 'Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1989/90' NJW 1991, 675- 683.
- Littbarski S, 'Herstellerhaftung ohne Ende- ein Segen für den Verbraucher?' NJW 1995, 217-222.
- Oğuzer P ve Baysal B, 'Ürün Güvenliği ve Ürün Sorumluluğu Ekseninde Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, Ürün Sorumluluğu-Sorumluluk Hukuku Konferansları I (Oniki-levha Yayınları 2022) 111-172.
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Özdemir SO, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2013).
- Okur İ, 'Kiralanan Yapıdaki Bozukluğa Bağlı Olarak Zarar Gören Kiracının Zararın Tazmini İçin Yüklenicinin Sorumluluğuna Başvurmasında İmalatçının Sorumluluğu Hukukunun Uygulanması' (1994) 20 (4), *Yargıtay Dergisi* 484-499.
- Oral T, 'Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini' (2023) 72 (1) *AÜHFD* 121-142.
- Özdemir H, 'Ayıplı Mal, Tüketici Hukuku Davaları' içinde Oya Şahin McCarthy ve Mutlu Dinç (eds) (Seçkin Yayıncılık 2017) 129-191.
- Özsunay E, 'Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu' (1979) 10 (1) *BATİDER* 97-158.
- Özsunay E, 'Genel Değerlendirme' içinde Atamer YM ve Baysal B (eds) *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları I* (Oniki Levha Yayınları 2022) 325-335 (kıs. Özsunay, Değerlendirme).
- Öztan B, *İmalatçının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 1982).
- Polat C, 'Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu' (2021) 4 (70) *AÜHFD* 973-1041.
- Sanlı KC ve Atamer Y, 'Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme', (Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan) (Der Yayınları 2012) 769- 813.
- Schaub R, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (Hrsg. Prütting H, Wegen G und Weinreich G) (17. Auflage, Luchterhand Verlag 2022).
- Schucht C, 'Entwicklungslinien im deutschen Produktsicherheitsrecht' *DVBL* 12, 2013, 760-766.
- Seehafer A und Kohler J, 'Künstliche Intelligenz: Updates für das Produkthaftungsrecht?' *EuZW* 2020, 213-218.
- Sirmen AL, 'Ürün Sorumluluğu' içinde Ögüz T ve Öz K (eds) *Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı* (Tam Metinler - 23-24 Haziran 2022, Antalya) (Seçkin Yayıncılık 2022) 63-92.

- Tarıbilir FB, 'Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (ROMA II) Ürün Sorumluluğu' (2010) XIV (2) GÜHFD 121- 140.
- Tarman ZD, 'Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış' (2007) LXV (2) İÜHFM 299-326.
- - 'Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Ürün Sorumluluğu' Ürün Sorumluluğu-Sorumluluk Hukuku Konferansları I (Onikilevha Yayınları 2022) 263- 290 (kıs. Tarman, Ürün Sorumluluğu)
- Tiryaki B, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk (Yetkin Yayınları Ankara 2007).
- - 'Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi' (2006) 55 (2) AÜHFD 229-248 (kıs. Tiryaki, Mukayese).
- Ünal A ve Kalkan A, 'Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler' (2019) (39) TAAD 45- 82.
- Ünan S, 'Ürün Sorumluluğu Sigortası' içinde Atamer YM ve Baysal B (eds) Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları I (Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022) 291-325.
- Wagner G, § 823 BGB Münchener Kommentar zum BGB (8. Auflage, C.H.Beck 2020).
- Weller M, 'Die Verantwortlichkeit des Haendlers für Herstellerfehler', NJW 2012, 2312-2317.
- Zevkliler A, "Türkiye'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu İstanbul (Oniki Levha Yayıncılık 2010) 1-18.

İnternet Kaynakları

- <<https://eur-lex.europa.eu/>>
- <<https://legalbank.net/>>
- <<https://de.statista.com>>
- <<https://İstanbul.imo.org.tr>>
- <<https://sozluk.gov.tr/>>
- <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat>>

Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı^(*)

Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY^(**)

Öz

Genel ifade ile çocukların yapamayacakları kadar küçük oldukları ve/veya mahiyeti ve koşulları gereği çocukların sağlığına, güvenliğine yahut ahlakına zarar verme ihtimali olan işleri ifade eden çocuk işçiliği, günümüzün en önemli sorunlarından biridir. Bu sebeple, çalışma hayatında çocukların özel olarak korunmaları gerekmektedir. Uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemelerle çocuk ve gençler için sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturulması gayesi güdülmektedir. Türk Hukukunda, çocukların özel olarak korunması gereği Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda, Devlet, asgari bir çalışma yaşı belirlemek ve çalışma koşullarıyla ilgili olarak çocuklar için koruyucu önlemler almakla yükümlüdür. Çocukların belirli bir yaşa kadar çalıştırılmamasını başka bir ifade ile asgari bir çalışma yaşının belirlenmesini öngören düzenleme, bahsi geçen koruyucu düzenlemelerin en önemlilerinden biridir. Bununla birlikte, mevzuatımızda asgari çalışma yaşına yönelik olarak birbiriyle örtüşmeyen farklı düzenlemeler mevcuttur. Çalışmamızda, Türk iş hukukunda asgari çalışma yaşı konusu ele alınmıştır. Bunun için, öncelikle uluslararası ve ulusal düzenlemeler ışığında çocuk kavramı açıklığa kavuşturulmuştur. Ardından, Türk iş hukukunda asgari çalışma yaşına yönelik olarak farklı kanunlarda yer verilen düzenlemeler mukayeseli olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Çocuk, Çocuk İşçi, Genç İşçi, Asgari Çalışma Yaşı.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.12.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 08.12.2023.

Atıf Şekli: H. Hilal Tiritoglu Ersoy, 'Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı' (2023) 13(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1583, 1621.

DOI: 10.52273/sduhfd..1400424.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: h.h.tiritoglu.ersoy@aybu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3429-9210>.



Minimum Working Age in Turkish Labour Law

Abstract

In general terms, child labour, which refers to work that children are too young to perform and/or work that is likely to harm the health, safety, or morals of children due to its nature and conditions, is one of the most important problems of nowadays. For this reason, children need to be specially protected in working life. International and national regulations aim to create a healthy working environment for children and young people. In Turkish Law, the requirement for special protection of children is guaranteed by the Constitution. In this regard, the State is obliged to determine a minimum working age and to take protective measures for children in relation to the working conditions. The regulation stipulating that children should not be employed until a certain age, in other words, the regulation stipulating a minimum working age is one of the most important protective regulations. However, our legislation includes different regulations regarding the minimum working age, which are not consistent with each other. In this study, the issue of minimum working age in the Turkish labour law is discussed. For this purpose, firstly, the concept of child is clarified in the light of international and national regulations. Subsequently, the regulations in different codes regarding the minimum working age in Turkish labour law are evaluated comparatively.

Keywords

Child, Child Worker, Young Worker, Minimum Working Age.

Extended Summary

Child labour, which is quite common, is one of the most important problems of today. It can be stated that child labour, in general terms, refers to work that children are too young to perform and/or that is likely to harm the health, safety or morals of children due to its nature and conditions. Türkiye is not an exception when it comes to child labour. Many social and economic factors such as poverty, informality, lack of social protection, population growth, gaps in the education system and limited employment opportunities are at the root of the problem. However, it is also common in Türkiye for families to direct their children to work to acquire skills and learn a profession.

It should be noted that the concepts of “child labour” and “child work” are different from each other. Not all work done by children is included in the scope of child labour targeted for elimination. Children and young people above the minimum age for admission to employment may work under appropriate conditions in jobs that do not adversely affect their health and development or interfere with their education to gain experience and skills. For this purpose, regulations containing protective measures for children are envisaged to protect them in working life. Thus, certain prohibitions and limitations are stipulated by international and national regulations, making it possible for children to work under certain conditions.

One of the most important regulations protecting children in working life is the regulation stipulating that children should not be employed until a certain age, in other words, a minimum working age should be determined. For the protection of children, keeping them away from working life until a certain age is an effective measure for their healthy development. Because children entering working life at an early age poses a danger to their mental, physical development and health. In addition to this, it also leads to the result that they cannot benefit from educational opportunities sufficiently. This situation has negative effects on both the child and the society. Due to the importance of the issue, the minimum working age in Turkish labour law is discussed in this study.

There is no universally accepted definition of the child. In international and national legal documents, the definition of the concept of “child” is based on the criterion of “age” regardless of whether the person has completed his/her physical, mental, social, and psychological development. However, there are some differences between international and national documents. In other words, the age criterion that determines the concept of child may vary according to various criteria. In this context, it becomes difficult to define child worker. Thus, although the aim of eliminating child labour is generally accepted, there is ambiguity in defining the concepts of child and child worker. Thus, in this study, firstly, the concept of child is clarified in the light of international and national regulations. Subsequently, the regulations in different codes regarding the minimum working age in Turkish labour law are discussed comparatively.

In Turkish Law, the requirement for special protection of children is guaranteed by the Constitution. According to Article 50 of the Turkish Constitution, minors are specially protected in terms of working conditions. Accordingly, the State is obliged to set a minimum working age and to take protective measures for children regarding working conditions. However, there are different regulations in different codes regarding the

minimum working age in Turkish Law. In this respect, there are different regulations regarding the minimum working age for workers subject to the Labour Code, Turkish Code of Obligations, Press Labour Code and Maritime Labour Code. The Labour Code stipulates the minimum working age as 15 as a rule and 14 in exceptional cases. There is no regulation regarding the minimum working age in the Turkish Code of Obligations and the Press Labour Code. For this reason, the regulations regarding the minimum working age in the Public Health Code are applicable to the workers covered by the Turkish Code of Obligations and the Press Labour Code. The minimum working age is determined as 12 in the Public Health Code. For workers within the scope of the Maritime Labour Code, the minimum working age is foreseen as 16 or 18 depending on the work performed. The differences foreseen for the minimum working age are incompatible with the main purpose of the provision, which is to protect and observe children in working life. This is because discriminating between children in terms of minimum working age according to the code they are subject to is both inequitable and contrary to the principle of equality.

When an evaluation is made in the light of the international conventions to which Türkiye is a party, it can be stated that the regulations regarding the minimum working age in our law are incomplete or contradictory. Türkiye is a party to three main international human and labour rights standards, namely the United Nations Convention on the Rights of the Child, the ILO Minimum Age for Admission to Employment Convention (No. 138) and the universally ratified ILO Worst Forms of Child Labour Convention (No. 182). These Conventions, in general terms, determine the legal limits of child labour and prepare the ground for national and international actions to end child labour.

In line with the mentioned issues, it would be appropriate to make a uniform regulation on the minimum working age in the light of international regulations. All children should benefit from the same protection, regardless of which code they are covered by. For this purpose, it is necessary to have a special regulation that covers all children. In addition, it should not be forgotten that the existence of legal regulations for the protection of children in working life is as important as their implementation.

GİRİŞ

Günümüzün en önemli sorunları arasında yer alan çocuk işçiliği, genel ifade ile çocukların yapamayacakları kadar küçük oldukları ve/veya mahiyeti ve koşulları gereği çocukların sağlığına, güvenliğine yahut ahlakına zarar verme ihtimali olan işleri ifade eder. İnsani gelişme düzeyi arttıkça çocuk işçiliğinin azaldığı göze çarpmaktadır. Güncel küresel tahminler uyarınca, dünya genelinde yaklaşık -63 milyonu kız ve 97 milyonu erkek olmak üzere- 160 milyon çocuk işçi bulunmaktadır. Bu da dünya üzerinde neredeyse her on çocuktan birinin çocuk işçiliği yaptığını ortaya koymaktadır. Üstelik çocuk işçilerin neredeyse yarısı yani yaklaşık 79 milyon çocuk sağlık, güvenlik ve ahlaki gelişimlerini riske atan tehlikeli işlerde çalışmaktadır. Bahsi geçen 160 milyon çocuk işçinin; 89,3 milyonu 5 ila 11 yaş aralığındaki, 35,6 milyonu 12 ila 14 yaş aralığındaki, 35 milyonu ise 15 ila 17 yaş aralığındaki çocuklardan oluşmaktadır. Böylece, 5 ila 17 yaş aralığındaki çocuklar bakımından çocuk işçiliği oldukça yaygındır¹.

Çocuk işçiliği sorunu söz konusu olduğunda Türkiye bir istisna değildir. Çocuk işçiliği toplumda derin kökleri olan bir sorundur. Sorunun temelinde yoksulluk, kayıt dışılık, sosyal koruma eksikliği, nüfus artışı, eğitim sistemindeki boşluklar ve sınırlı istihdam olanakları gibi birçok sosyal ve ekonomik faktör yer almaktadır. Bununla birlikte, Türkiye’de ailelerin çocuklarını beceri kazanmaları ve meslek öğrenmeleri için çalışma hayatına yönlendirmeleri de yaygındır². TÜİK tarafından 2019 yılının IV. çeyreğinde (Ekim-Kasım-Aralık) “Hanehalkı İşgücü Araştırması” ile 5-17 yaş grubundaki çocuklara yönelik “Çocuk İşgücü Araştırması” gerçekleştirilmiştir. Buna göre, Türkiye’de bir ekonomik faaliyette çalışan 5-17 yaş aralığındaki çocuk sayısı 720 binedir. Bu çocukların; %79,7’si 15-17 yaş aralığında, %15,9’unu 12-14 yaş aralığında, %4,4’ünü ise 5-11 yaş aralığındadır. Ayrıca, çalışan çocukların çoğunluğu hizmet sektöründe istihdam edilmekte, bunu tarım ve sanayi sektörleri takip etmektedir³.

Önemle belirtmelidir ki, “çocuk işçiliği” ve “çocuk çalışması” kavramları birbirinden farklıdır. Çocuklar tarafından yapılan her iş, ortadan kaldırılması hedeflenen çocuk işçiliği kapsamında yer almaz. İstihdama kabul için asgari yaşın üzerindeki

¹ International Labour Organization and United Nations Children’s Fund, Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward, ILO and UNICEF, 2021, 8, 18, 28.

² Akın Levent, ‘Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law’ (2009) 21 (1) Employee Responsibilities and Rights Journal 53, 53; Ercüment Özkara ve Canan Ünal, ‘Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu’ (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 355, 356.

³ International Labour Organization, Child Labour, Child Labour in Türkiye, <<https://www.ilo.org/an-kara/projects/child-labour/lang-en/index.htm>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2023.

çocuk ve gençler, deneyim ve beceri kazanmak için sağlıklarını ve gelişimlerini olumsuz etkilemeyen veya eğitimlerini engellemeyen işlerde uygun koşullar altında çalışabilirler⁴. Zira uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemelerle bazı yasak ve sınırlamalar öngörülerek çocukların çalıştırılması belirli koşullar altında mümkün kılınmıştır. Bu doğrultuda, çalışma hayatında çocukların korunabilmeleri için çocuklara yönelik koruyucu önlemler içeren düzenlemeler öngörülmektedir. Bahsi geçen koruyucu düzenlemelerin en önemlilerinden bir tanesi çocukların belirli bir yaşa kadar çalıştırılmamasını başka bir ifade ile asgari bir çalışma yaşının belirlenmesini öngören düzenlemedir. Bununla birlikte, mevzuatımızda asgari çalışma yaşına yönelik olarak birbiriyle örtüşmeyen farklı düzenlemeler yer almaktadır. Bu durum hem eşitlik ilkesine aykırıdır hem de çocuğun üstün yararının korunması ilkesine hizmet etmemektedir⁵. Bu sebeple çalışmamızda, Türk iş hukukunda asgari çalışma yaşı konusu üzerinde durulmuştur. Konunun kapsamı, mevzuat düzenlemeleri ile sınırlandırılmıştır. Bu suretle, öncelikle uluslararası ve ulusal düzenlemeler ışığında çocuk kavramı açıklığa kavuşturulmuştur. Akabinde, Türk iş hukukunda asgari çalışma yaşına yönelik olarak farklı kanunlarda bulunan düzenlemeler mukayeseli olarak ele alınmıştır.

I. ÇOCUK/ÇOCUK İŞÇİ TANIMI

Çocuğun evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Uluslararası ve ulusal hukuki belgelerde “çocuk” kavramının tanımlanabilmesi için kişinin fiziksel, zihinsel, sosyal, psikolojik gelişimini tamamlayıp tamamlamadığına bakılmaksızın “yaş” ölçütü esas alınmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası ve ulusal belgeler arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, çocuk kavramını belirleyen yaş ölçütü çeşitli kriterler doğrultusunda farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda, çocuk işçi tanımını yapabilmekte de zorlaşmaktadır. Böylece, her ne kadar çocuk işçiliğini ortadan kaldırma hedefi genel olarak kabul görse de çocuk ve çocuk işçi kavramlarının tanımlanması hususunda muğlaklık söz konusudur⁶.

⁴ International Labour Organization, What is child labour, <<https://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--en/index.htm>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; Hande Bahar Aykaç, ‘Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği’ (2015) (116) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335, 340; Canan Erdoğan ve Belkıs Vural Çelenk, ‘Protection of Child in Turkish Labor Law System’ (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1231, 1232.

⁵ Özkaraca ve Ünal (n 2) 356.

⁶ Kadriye Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması* (Beta Yayınevi 2004) 82; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, ‘Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış’ (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 481, 481; Aykaç (n 4) 337-338; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1232; Şebnem Kılıç, ‘Türk Hukukundaki Çocuk İşçi Tanımının Uluslararası Standartlara Uygunluğu’ (2018) 13 (165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 125-126.

A. Uluslararası Hukukta

Çocuklar yetişkinlere kıyasla korunmaya daha çok ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple, ulusal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası belgelerde de çocukların korunması hususunda düzenlemelere yer verilmiştir. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi⁷, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi⁸, Çocuk Hakları Bildirgesi⁹, Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme¹⁰, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹¹, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi¹², Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı¹³, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı¹⁴ bunlara örnek olarak gösterilebilir¹⁵.

- ⁷ Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, <<https://www.humanium.org/en/text-2/>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2023.
- ⁸ Universal Declaration of Human Rights, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2023. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin Resmî Gazete ile yayınlanan Türkçe metni için bkz. RG 27.05.1949/7217.
- ⁹ Declaration of the Rights of the Child, 1959, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38e3.html>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2023.
- ¹⁰ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/supplementary-convention-abolition-slavery-slave-trade-and>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2023. Türkiye, Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme'ye taraftır. Bkz. Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 361, Kabul Tarihi: 27.12.1963, RG 06.01.1964/11599.
- ¹¹ United Nations Convention on the Rights of the Child, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2023. Türkiye, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraftır. Bkz. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4058, Kabul Tarihi: 9.12.1994, RG 11.12.1994/22138. Karar Sayısı: 94/6423, RG 27.01.1995/22184.
- ¹² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023. Türkiye, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne taraftır. Bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4867, Kabul Tarihi: 04.06.2003, RG 11.08.2003/25196. Karar Sayısı: 2003/5923, RG 11.08.2003/25196.
- ¹³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023.
- ¹⁴ European Social Charter (Revised), <<https://rm.coe.int/168007cf93>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na taraftır. Bkz. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5547, Kabul Tarihi: 27.09.2006, RG 03.10.2006/26308. Karar Sayısı: 2007/11907, RG 09.04.2007/26488.
- ¹⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 500-502; Aykaç (n 4) 341-342, 349-350; Canan Ünal, 'Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözumsuzlüğü' (Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler, Anadolu Üniversitesi, Kasım 2014) 289, 289; ilke

Belirtilen Sözleşmeler arasında, Birleşmiş Milletler tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilen ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Sözleşme önemi dolayısıyla öne çıkmaktadır. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocuk haklarının korunması bakımından uluslararası alanda bağlayıcılığı olan ilk sözleşmedir. Bahsi geçen Sözleşme ile çocuk özerk olarak hakların süjesi olmuştur. Bu doğrultuda, Sözleşmenin devrim niteliği taşıyan bir insan hakları sözleşmesi olduğu belirtilebilir¹⁶. Anılan Sözleşme m.1 uyarınca, daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır. Böylece, devletlerin iç hukuklarında reşit olma için daha erken bir yaş sınırı belirlemeleri hali dışında 18 yaşından küçük herkes çocuk olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Uluslararası Çalışma Örgütü de uzun süredir çalışma hayatında çocukların korunması amacıyla çocuk işçiliğinin yasaklanması ve çocukların çalışma koşullarının iyileştirilmesi hususunda çalışmalar yürütmektedir¹⁸. Özellikle, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1973 tarihli ve 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesi¹⁹ ve 1999 tarihli ve 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin

Gürsel, 'Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması' (2016) 74 (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 415, 416-417.

¹⁶ Bakırcı (n 6) 90-91; Özkaraca ve Ünal (n 2) 359-360; Aykaç (n 4) 341-342; Ünal (n 15) 291; Kılıç (n 6) 130; Gürsel (n 16) 417-418.

¹⁷ Fevzi Demir, 'Çalışma Hayatında Çocukların Korunması' (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547, 563; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı Lykeion Yayıncılık 2022) 499; Bakırcı (n 6) 82; Akın (n 2) 57; Özkaraca ve Ünal (n 2) 359-360; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 483, 487; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233; Selim Gündüz, 'Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu' (2009) 22 (1-2-3) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, 2-3; Kılıç (n 6) 130; Gürsel (n 16) 418.

¹⁸ Çalışma hayatında çocukların korunmasına yönelik ülkemizin taraf olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri şu şekilde belirtilebilir; 1921 tarihli ve 15 No.lu Tirimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme, 1935 tarihli ve 45 No.lu Kadınların Yer Altı Çalışması Sözleşmesi, 1936 tarihli ve 58 No.lu Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme, 1937 tarihli ve 59 No.lu Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen Sözleşme, 1946 tarihli ve 77 No.lu Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkında Sözleşme, 1960 tarihli ve 115 No.lu İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşme, 1965 tarihli ve 123 No.lu Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında Sözleşme, 1967 tarihli ve 127 No.lu Tek Kişinin Kaldırabileceği En Fazla Yük Sözleşmesi, 1973 tarihli ve 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme, 1999 tarihli ve 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Adnan Tuğ ve Ulaş Baysal, 'İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan II* (Beta Yayınevi, 2011) 1869, 1872; Özkaraca ve Ünal (n 2) 361; Gündüz (n 17) 4-5.

¹⁹ International Labour Organization, Minimum Age Convention, 1973 (No. 138), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ilo_code:C138> Erişim Tarihi

Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi²⁰ büyük önem arz etmektedir. 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme, çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kaldırılması ve asgari çalışma yaşının kademeli olarak yükseltilmesi amaçlarına hizmet etmektedir. Anılan Sözleşme ile tüm ekonomik sektörlerde çalışan çocuklar kapsama alınmıştır. Bununla birlikte, zaman içerisinde çocuklara zarar veren ve vermeyen çalışmalar arasında bir sınır çizilmeye başlanmıştır. Bu bakımından, 1999 tarihli ve 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi kabul edilmiştir. 182 No.lu UÇÖ Sözleşmesinde, ülkelerin gelişmişlik düzeylerine ve ulusal durumlarına bakılmaksızın kabul edilemez çalışma biçimleri belirlenmekte ve kademeli bir iyileştirme öngörülmektedir. Böylece, çocuk işçiliği ile mücadele kapsamında hem zararlı çalışma biçimlerinin yasaklanması hem de asgari çalışma yaşının altındaki çalışmaların ortadan kaldırılması amaçlarının güdüldüğü belirtilebilir²¹.

138 No.lu Sözleşmede, asgari çalışma yaşı için farklı yaş grupları belirlenmiştir. Bu bağlamda, çocuk ve genç işçiler ayrı ayrı ele alınmaktadır. Anılan Sözleşme uyarınca, 15 yaşın altında çalışanlar çocuk, 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük olanlar genç olarak kabul edilmektedir²². 182 No.lu Sözleşme uyarınca ise, 18 yaşın altındaki herkes çocuktur. Başka bir ifade ile, daha erken ergenlik kazanılsa veya evlilik söz konusu olsa dahi kişi eğer 18 yaşın altındaysa çocuktur. Anılan Sözleşme ile ilk kez 18 yaşın altındaki herkesin çocuk olduğu hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, Sözleşme metnindeki “sözleşmenin amaçlarıyla” ifadesi dikkate alındığında bahsi geçen tanımın bu Sözleşme ile sınırlı olduğu göze çarpmaktadır.²³

24 Ekim 2023. Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 13 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesine taraftır. Bkz. İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4334, Kabul Tarihi: 23.01.1998, RG 27.01.1998/23243. Karar Sayısı: 98/11184, RG 21.06.1998/23379.

²⁰ International Labour Organization, Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C18> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023. Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi'ne taraftır. Bkz. 182 Sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4623, Kabul Tarihi: 25.01.2001, RG 03.02.2001/24307. Karar Sayısı:2001/2528, RG 27.06.2001/24445.

²¹ Bakırcı (n 6) 94, 97; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 503-504; Aykaç (n 4) 343-348; Kılıç (n 6) 136-139; Gürsel (n 16) 420-422.

²² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 499; Bakırcı (n 6) 83; Aykaç (n 4) 344-346.

²³ Bakırcı (n 6) 83; Akın (n 2) 56; İştar Urhanoğlu Cengiz, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler' (2012) (98)

Bahsi geçen Sözleşmeler, genel ifade ile, çocuk işçiliğinin yasal sınırlarını belirlemekte ve çocuk işçiliğinin sona erdirilmesi için ulusal ve uluslararası eylemlere zemin hazırlamaktadır. Ülkemiz, bahsi geçen üç temel uluslararası insan ve çalışma hakları standardına yani BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesine, UÇÖ'nün 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesine ve 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılması İlişkin Acil Eylem Sözleşmesine taraftır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı da çocuk ve genç işçiler arasındaki farkı göz önünde bulundurarak 18 yaşın altındaki işçilerin haklarına yollamada bulunmaktadır. GGASŞ uyarınca, 15 yaşın altındakiler çocuktur. Çocuklar ise, kural olarak çalışma hayatından uzaklaştırılmıştır. Bu doğrultuda GGASŞ, daha çok 16-18 yaş aralığındaki gençlerin çalışma standartlarını düzenlemektedir²⁴.

Çocuk işçiliği ile mücadele Avrupa Birliği içerisinde de uzun zamandır oldukça gündemdedir. Özellikle, 1994 tarihli ve 94/33 sayılı “Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Direktif”²⁵ önem arz etmektedir. Anılan Direktifte, “genç kişi”, “çocuk” ve “ergen” terimleri tanımlanmıştır. Buna göre, “genç kişi” 18 yaşın altındaki kimseleri ifade eder (3-a). Genç kimseler arasından; 15 yaşın altında olan ya da zorunlu eğitime devam edenler “çocuk”, 15-18 yaş aralığında olup zorunlu tam zamanlı eğitime devam zorunluluğu bulunmayanlar ise “ergen” olarak adlandırılmaktadır (3-b, c)²⁶. Bahsi geçen Direktif Türkiye henüz AB üyesi olmayıp AB ile müzakere sürecinde bulunduğundan dolayı ülkemiz açısından bağlayıcı olmasa da önemli bir kaynaktır²⁷.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203, 206; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 487; Aykaç (n 4) 347; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233; Kılıç (n 6) 139-140; Gürsel (n 16) 421.

²⁴ Aykaç (n 4) 349-350; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233; Kılıç (n 6) 146; Gürsel (n 16) 425-426.

²⁵ Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31994L0033>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023.

²⁶ Bakırcı (n 6) 83; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 207; Aykaç (n 4) 338-339, 351; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233; Kılıç (n 6) 147-148; Gürsel (n 16) 429-431.

²⁷ Esasen 94/33 sayılı “Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Direktif”te yer alan düzenlemeler, mevzuatımızı büyük ölçüde etkilemiştir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te yer verilen çocuk ve genç işçilere yönelik düzenlemeler bakımından bahsi geçen Direktif hükümleri dikkate alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğ ve Baysal (n 18) 1870; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 17) 499; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 205; Aykaç (n 4) 351-352.

B. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda, çocukların özel olarak korunması gereği Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa²⁸ m.50 uyarınca, küçükler çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar²⁹. Türk Medeni Kanununda³⁰ kullanılan küçük kavramına göre çocuk, 18 yaşını tamamlamamış kişi olarak tanımlanmaktadır. Zira TMK m.11 uyarınca, “Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.”³¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda³² da bir tanım yer almaktadır. Madde 3/1- a’ya göre “çocuk”, daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu³³ m.6/1-b’ye göre de “Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır.” Böylece, 18 yaşından küçük kimselerin “çocuk” olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁴.

“Çocuk işçi” tanımına Türk İş Hukuku mevzuatında yer verilmesi ise yeni tarihlidir. 4857 sayılı İş Kanununda³⁵ “çocuk işçi” ve “genç işçi” şeklinde bir ayrıma yer verilmiş ancak bahsi geçen terimler Kanunda açıkça tanımlanmamıştır³⁶. İş Kanununun “Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” başlıklı 71. maddesinin 3. fıkrasında, “Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit

²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

²⁹ Demir (n 17) 564; Tuğ ve Baysal (n 18) 1873; Bakırcı (n 6) 215; Özkara ve Ünal (n 2) 364; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 506; Aykaç (n 4) 352-353; Ünal (n 15) 292; Gündüz (n 17) 7; Kılıç (n 6) 151; Gürsel (n 16) 446.

³⁰ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

³¹ TMK m.11/2 ve m.12 uyarınca, 18 yaşın doldurulmasıyla kazanılan normal erginliğin yanı sıra evlenme veya yargı kararıyla da erginliğin kazanılması mümkündür.

³² Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

³³ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

³⁴ Demir (n 17) 563; Tuğ ve Baysal (n 18) 1870; Akın (n 2) 56-57; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 483-484; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233-1234; Kılıç (n 6) 151.

³⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

³⁶ 1475 sayılı eski İş Kanununda, çocuk ve genç işçi ayrımına yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğ ve Baysal (n 18) 1870; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 485; Gündüz (n 17) 24; Gürsel (n 16) 446.

işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümden, 18 yaşından küçüklerin çocuk ve genç işçi olarak kategorize edildiği ve konuya ilişkin ayrıntılara yönetmelikte yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, İş Kanununun 71. maddesine dayanılarak “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”³⁷ çıkarılmıştır.

Türk İş Hukuku’nda “çocuk işçi” ve “genç işçi” terimlerinin tanımına “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te yer verilmiştir. Bu çalışmada kullanılan çocuk kavramı bu iki terimi de kapsamına almaktadır. Bahsi geçen Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca, çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış³⁸ kişiyi ifade etmektedir. Bu halde, 14 yaşını bitiren bir çocuk ancak ilköğretimini de tamamlamış olması halinde çocuk işçi olarak adlandırılabilir³⁹. Genç işçi ise, 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi ifade etmektedir⁴⁰. Bu halde, 14 yaşın altındaki kimseler ne “çocuk işçi” ne de “genç işçi” kategorisine girmektedirler. Bunun sebebi, her ne kadar bu kimseler de çocuk olsalar da anılan kimselerin çalıştırılmasının yasal olmamasıdır⁴¹.

İş Kanununun 71. maddesinin Gerekçesinde, çalıştırma yaşı ve çocukların çalıştırılması yasağı bakımından maddenin AB’nin 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁴². Buna göre; “... “çocuk” ve “genç işçi” kavramları getirilmiş; 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması

³⁷ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG 06.04.2004/25425.

³⁸ İş Kanununun 71. maddesinde 04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik doğrultusunda, “ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış” ibaresi “on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış” olarak değiştirilmiştir. Bu doğrultuda, “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te yer verilen çocuk işçi tanımındaki “ilköğretimi tamamlamış” ibaresini de “zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış” olarak kabul etmek yerinde olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsel (n 16) 446-447.

³⁹ Urhanoğlu Cengiz (n 23) 206.

⁴⁰ Demir (n 17) 563; Tuğ ve Baysal (n 18) 1871; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 497; Bakırcı (n 6) 85; M.Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayınevi 2023) 98; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 205-206; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 484-486; Aykaç (n 4) 339, 355; Ünal (n 15) 295; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1234-1235; Gündüz (n 17) 3; Gürsel (n 16) 446.

⁴¹ Aykaç (n 4) 355.

⁴² Tuğ ve Baysal (n 18) 1870; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 499; Özkaraca ve Ünal (n 2) 366-367; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 205; Aykaç (n 4) 351-352.

yasaklanmıştır. Ancak, istisnaen 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi bitirmiş çocukların nitelikleri belirtilen hafif işlerde çalıştırılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca maddede, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işlerde esas alınacak hususlar ve bu işçilerin işyerinde çalışma süreleri okula gidip gitmediklerine göre yeniden düzenlenmiştir.”. Bununla birlikte, esasen 94/33 sayılı Direktif ile İş Kanununun düzenlemesi arasında farklılıklar bulunmaktadır. Belirttiğimiz gibi, İş Kanununda “çocuk işçi” ve “genç işçi” terimlerine yer verilmiş, “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te de ilgili terimler tanımlanmıştır. Halbuki Direktifte, İş Kanunundan farklı olarak, “çocuk işçi” ve “genç işçi” terimleri değil, “genç kişi”, “çocuk” ve “ergen” terimlerinin tanımlarına yer verilmiştir. Bu halde, örneğin 12 yaşındaki bir kimse Direktif uyarınca çocuk olarak kabul edilirken, İş Kanununun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan bahsi geçen Yönetmelik uyarınca çocuk işçi olarak nitelendirilemez.

“İşçi” terimi 4857 sayılı İş Kanununda bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla “çocuk işçi”, bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan ve kanunlarla belirlenen yaş aralığında bulunan kişi olarak ifade edilebilir. Bununla birlikte, 4857 sayılı Kanunda ve ilgili Yönetmelikte yapılan çocuk işçi - genç işçi ayrımı yalnızca bu Kanunun kapsamına giren işler bakımından geçerlidir⁴³.

Ayrıca, 2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da “genç çalışan” terimine yer verilmiştir. Buna göre, “Genç çalışan: Onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış çalışanı ifade eder.” (m.3/1-e). Bununla birlikte, Kanunda “çocuk çalışan” terimine yer verilmemiştir⁴⁴.

II. ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI

A. Genel Olarak

Türk hukuku kapsamında, çalışan çocukların korunmasının Anayasal bir temele sahip olduğunu belirtmiştik. Bu doğrultuda Devlet, asgari bir çalışma yaşı belirlemek ve çalışma koşullarıyla ilgili olarak çocuklar için koruyucu önlemler almakla yükümlüdür. Çocukların korunabilmeleri açısından belirli bir yaşa kadar çalışma hayatından uzak tutulmaları sağlıklı olarak gelişebilmeleri için etkili bir önlemdir. Bu sebeple,

⁴³ Kılıç (n 6) 154, 157.

⁴⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 497; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 486-487; Kılıç (n 6) 154.

çocuk ve gençlerin asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Zira çocukların erken yaşta çalışma hayatına girmeleri onların ruhsal, bedensel gelişimleri ve sağlıkları açısından tehlike oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, eğitim olanaklarından yeterince faydalanamamaları sonucunu da doğurmaktadır. Bu durum hem çocuk üzerinde hem de toplum üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır⁴⁵.

B. Uluslararası Düzenlemeler

Asgari çalışma yaşına yönelik uluslararası düzenlemelere bakıldığında, ilk olarak 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirgesi dikkat çekmektedir⁴⁶. Anılan Bildirge, her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da evrensel olarak çocuk haklarına yönelik temel ilkelerin belirlenmesi yönünde ilk büyük uluslararası mutabakatı oluşturmaktadır. Bildirgenin 9. ilkesi uyarınca, çocuk uygun bir asgari yaştan önce çalıştırılmamalı; sağlığını yahut eğitimini tehlikeye sokacak, fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişmesini engelleyecek bir işe girmeye zorlanamaz ve buna izin verilemez.

Çocuk haklarının korunması bakımından uluslararası alanda bağlayıcılığı olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Birleşmiş Milletlerin en geniş kapsamlı kabul gören sözleşmesidir⁴⁷. Ülkemizin de taraf olduğu bahsi geçen Sözleşme'nin 32. maddesi uyarınca, taraf devletler, çocuğun ekonomik sömürüden ve tehlikeli olabilecek ya da çocuğun eğitimini engelleyebilecek veya sağlığı ya da bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki veya toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek her türlü işte çalıştırmaktan korunma hakkını kabul ederler. Anılan hüküm doğrultusunda, çocuğun korunmasının Sözleşmede temel hak olarak görüldüğü ifade edilebilir. Bu bağlamda, taraf devletlerin bu maddenin uygulanmasını sağlamak için yasal, idari, sosyal ve eğitsel önlemler alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu önlemler arasında, istihdama kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı belirleme yükümlülüğü de bulunmaktadır⁴⁸. Böylece, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede çocukların istihdama kabulü için belirli bir asgari yaş sınırı öngörülmemiş,

⁴⁵ Bakırcı (n 6) 215; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 497, 508; Ünal (n 15) 293; Gürsel (n 16) 415-416.

⁴⁶ Bakırcı (n 6) 90; Özkaraca ve Ünal (n 2) 358-359; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 508; Gürsel (n 16) 417.

⁴⁷ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye, Amerika Birleşik Devletleri dışındaki tüm Birleşmiş Milletler üyeleri de dahil olmak üzere 196 ülke taraftır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4> Erişim Tarihi 28 Ekim 2023.

⁴⁸ Bakırcı (n 6) 226; Özkaraca ve Ünal (n 2) 360; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 211; Aykaç (n 4) 342; Kılıç (n 6) 131; Gürsel (n 16) 418-419.

belirtilen hususlar doğrultusunda asgari çalışma yaşını belirleme yükümlülüğü taraf devletlere bırakılmıştır⁴⁹.

Taraf olduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesi uyarınca, taraf devletler, çocuk işçiliğini etkin bir şekilde ortadan kaldırmayı veya istihdama kabul için asgari yaşın giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine imkân verecek bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika takip etmeyi taahhüt ederler (m.1). Bu doğrultuda, 138 No.lu Sözleşmeye taraf devletlerin hem Sözleşmede belirtilen asgari çalışma yaşını ulusal mevzuatta kabul etme hem de asgari çalışma yaşını yeterli düzeyde yükseltmeye uygun politikalar geliştirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilebilir⁵⁰.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 138 No.lu Sözleşmesinde, asgari çalışma yaşı bakımından belirlenen kriterler şu şekilde belirtilebilir; ilk olarak, asgari çalışma yaşı, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükârda 15 yaşın altında olamaz (m.2/3). Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş ülkeler bakımından ise, asgari çalışma yaşının 14 olarak belirlenmesine imkân tanınmıştır (m.2/4). İkinci olarak, 13-15 yaş aralığındaki çocukların (ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş ülkelerde 12-14 yaş aralığındaki çocukların) belirli saatler içinde ve eğitimlerini engellemek koşulu ile sağlıklarına ve gelişimlerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan hafif işlerde çalışabilecekleri öngörülmüştür (m.7/1, 4). Üçüncü olarak ise, tehlikeli kabul edilen işlerde yani doğası ve yapıldığı koşullar bakımından genç kişinin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işlerde asgari çalışma yaşı 18 olarak belirlenmiştir (m.3/1). Bununla birlikte, ancak sıkı koşullar altında⁵¹ tehlikeli işler bakımından asgari çalışma yaşı 16 olarak belirlenebilir (m.3/3)⁵². Bu doğrultuda, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.32 hükmüne kıyasla, 138 No.lu Sözleşmede asgari çalışma yaşının tespiti bakımından daha belirli yaş sınırları öngörüldüğü belirtilebilir⁵³.

⁴⁹ Bakırcı (n 6) 226; Aykaç (n 4) 342.

⁵⁰ Tankut Centel, 'Aşamalı Zorunlu Eğitimin Çalışma Yaşamına Etkisi' (2012) (26) Sicil İş Hukuku Dergisi 7, 7-8; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 508.

⁵¹ 138 No.lu Sözleşme m.3/3 hükmü doğrultusunda, ulusal mevzuat yahut yetkili makam, işveren ve işçi örgütlerine danışarak, genç kişilerin sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla tehlikeli işler bakımından asgari çalışma yaşının 16 olarak belirlenmesine izin verebilir.

⁵² Centel (n 50) 8; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 499; Bakırcı (n 6) 95; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 508-509; Aykaç (n 4) 344-346; Gürsel (n 16) 420.

⁵³ Gürsel (n 16) 420-421.

Taraf olduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi ile en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılmasına yönelik acil ve etkin önlemlerin alınması amacı güdülmektedir. Sözleşmenin amaçları bakımından "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği"⁵⁴ olarak kabul gören zararlı işlerde asgari çalışma yaşı 18 olarak belirlenmiştir⁵⁵.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, çocuk ve gençlerin çalışma yaşamında korunmasına yönelik düzenlenmeleri ile dikkat çekmektedir⁵⁶. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının "Çocukların ve gençlerin korunması hakkı" başlıklı 7. maddesi⁵⁷ ülkemiz tarafından tüm bentleriyle kabul edilmiştir⁵⁸. Anılan

⁵⁴ 182 No.lu Sözleşme m.3 uyarınca, "Bu Sözleşmenin amaçları bakımından "kötü şartlardaki çocuk işçiliği" ifadesi

- a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini;
- b) çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;
- c) çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;
- d) doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibarıyla çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar."

⁵⁵ Bakırcı (n 6) 97; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 509.

⁵⁶ Tuğ ve Baysal (n 18) 1872-1873; Bakırcı (n 6) 99, 227; Aykaç (n 4) 349-350; Ünal (n 15) 290, 292; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1233; Kılıç (n 6) 146; Gürsel (n 16) 425-426.

⁵⁷ GGASŞ m.7 uyarınca, "Akit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

- 1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşınının 15 olmasını sağlamayı;
- 2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşınının 18 olmasını sağlamayı;
- 3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;
- 4- 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;
- 5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;
- 6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;
- 7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;
- 8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

hüküm uyarınca, Taraf Devletler, çocuk ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda alınması öngörülen önlemler arasında, asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeler de yer almaktadır. Asgari çalışma yaşı, çocukların sağlık, ahlak ve eğitimlerine zarar vermeyen hafif işlere yönelik istisnalar haricinde, 15 olarak belirlenmiştir. Tehlikeli yahut sağlığa zararlı olduğu öngörülen işler bakımından ise, asgari yaş sınırı yükseltilecek 18 olarak öngörülmüştür⁵⁹. Belirtilen hususların yanı sıra, zorunlu eğitim çağında olan çocuk ve gençlerin özel olarak korunması gereği vurgulanmıştır. Bunun için, Taraf Devletlere, zorunlu eğitim çağında olan çocuk ve gençlerin, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarının önüne geçecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁰.

Her ne kadar ülkemiz açısından bağlayıcı olmasa da ülkemizin AB ile müzakerelere sürecinde bulunması ve mevzuatımızı büyük ölçüde etkilemesi dolayısıyla 94/33 sayılı “Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Direktif”e de değinmek yerinde olur. Anılan Direktif uyarınca, asgari çalışma yaşının ulusal yasalar uyarınca zorunlu eğitimin tamamlandığı yaşın ve her halükârda 15 yaşın altında olmaması gerektiği kabul edilmiştir⁶¹. Bununla birlikte, Direktifte Üye Devletlerin mevzuat veya idari düzenleme yoluyla çocukların çalışma yasağını uygulamayabilecekleri

9- Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı taahhüt ederler.”

⁵⁸ Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı 06.10.2004 tarihinde imzalamış ve 22.03.2007 tarihinde onaylamıştır. Türkiye, günümüz itibarıyla, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan 98 paragraftan 91'ini kabul etmiştir. Çocukların ve gençlerin korunmasına yönelik 7. madde hükümleri de herhangi bir çekince konulmaksızın kabul edilen hükümler arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe, Türkiye <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/turkey>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

⁵⁹ Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin 2019 tarihli sonuç raporu uyarınca, Türkiye'de 15 yaşından küçüklerin çalıştırılmasının yasaklanması uygulamada güvence altına alınmamıştır. 2011 ve 2015 tarihli sonuç raporlarında da belirtildiği gibi, bu durumun Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.7/1'e uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bunun gibi, Türkiye'de tehlikeli işlerde 18 yaşından küçüklerin çalıştırılması yasağının da etkili bir şekilde güvence altına alınmadığı gerekçesiyle Şart m.7/2'nin de ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe, European Committee of Social Rights, Conclusions 2019, Turkey, <<https://rm.coe.int/rapport-tur-en/16809cfbec>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2023.

⁶⁰ Demir (n 17) 566; Bakırcı (n 6) 227, 240; Aykaç (n 4) 349-350; Kılıç (n 6) 146; Gürsel (n 16) 426-427.

⁶¹ Bakırcı (n 6) 227; Özkaraca ve Ünal (n 2) 372; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 512-513.

istisnai hallere de yer verilmiştir. İlk istisna, çocukların kültürel, sanatsal, sportif ve reklam amaçlı faaliyetlerde çalıştırılmasına yöneliktir. Buna göre, çocukların belirtilen faaliyetlerde çalıştırılması, her bir faaliyet için ayrı izin alınması şartıyla yetkili makamın vereceği izne bağlıdır. Bu halde dahi, gerçekleştirilecek faaliyetin çocuğun güvenliği, sağlığı veya gelişimi için zararlı olma ihtimalinin bulunmaması ve çocuğun okula devam etmesine, yetkili makam tarafından onaylanan mesleki rehberlik veya eğitim programlarına katılımına veya alınan eğitimden yararlanma kapasitesine zarar verecek nitelikte olmaması gerekmektedir. İkinci istisna, en az 14 yaşında olan çocukların karma çalışma/staj programı veya fabrika içi çalışma-tecrübe programları doğrultusunda yaptıkları çalışmalara ilişkindir. Yetkili makam tarafından belirlenen çalışma koşullarına uygun olmak şartıyla anılan durumlarda en az 14 yaşındaki çocukların çalıştırılabilmeleri mümkündür. Üçüncü ve son istisna ise, kültürel, sanatsal, sportif ve reklam amaçlı faaliyetler dışında kalan hafif işlerin en az 14 yaşında olan çocuklar tarafından yerine getirilebileceğini öngörmektedir. Ayrıca, 13 yaşındaki çocuklar da ulusal mevzuatla belirlenecek hafif işlerde, üye devletin öngöreceği çalışma koşulları doğrultusunda, haftanın sınırlı saatlerinde çalıştırılabilirler⁶².

Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin AB Direktifi hükümleri dikkate alındığında, asgari çalışma yaşının kural olarak 15 olarak belirlendiği ve zorunlu ilköğretim eğitiminin tamamlanması koşulunun arandığı göze çarpmaktadır. Anayasa m.90/son hükmü doğrultusunda, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Böylece, asgari çalışma yaşına yönelik olarak taraf olduğumuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunlar arasında farklı hükümler bulunması durumunda uluslararası sözleşme hükümlerine üstünlük tanınır. Bu sebeple, Anayasa m.90/son hükmü ışığında, 138 No.lu ve 182 No.lu Sözleşmelerin Türk Hukukunun bir parçası haline geldiği ve tüm işçiler bakımından uygulanabilir olduğu ileri sürülmektedir⁶³. Bizim de katıldığımız bir görüş uyarınca⁶⁴, anılan Sözleşmelerin

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31994L0033>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2023; Bakırcı (n 6) 220-221; Aykaç (n 4) 351; Kılıç (n 6) 148-149; Gürsel (n 16) 431-434.

⁶³ Özkaraca ve Ünal (n 2) 375; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 513; Ünal (n 15) 291.

⁶⁴ Özkaraca ve Ünal (n 2) 375; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 513.

doğrudan uygulanabilir olduğunun kabulü gerekir. Zira asgari çalışma yaşı hususunda bahsi geçen UÇÖ Sözleşmelerinin doğrudan uygulanabilir olduğunun kabulü çocuğun üstün yararının korunması ilkesine hizmet ettiği gibi, kanunlar arasındaki farklılıkların giderilerek yeknesak bir asgari çalışma yaşının belirlenmesi amacına da uygun düşer.

C. Ulusal Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Türk hukukunda bireysel iş ilişkileri; esas itibarıyla 4857 sayılı İş Kanunu, 5958 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile, Türk hukukunda bireysel iş ilişkilerinin tamamını kapsamına alan bir kanunlaştırma yapılmış değildir⁶⁵. Bu sebeple, çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik olarak birden çok kanunda sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁶.

Ülkemizde çocuk ve genç işçilerin bir kısmı 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alırken, büyük bir kısmı da İş Kanunu kapsamı dışında kalan işlerde çalışmaktadır⁶⁷. Çocuk ve genç işçilerin çalışma yaşı ve çalışma koşulları esas olarak 4857 sayılı İş Kanunu, 2004 tarihli “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmektedir. Bununla birlikte, İş Kanununun “İstisnalar” başlıklı 4. maddesinde belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Örnek vermek gerekirse; deniz ve hava taşıma işlerinde, 50’den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinde, ev hizmetlerinde, üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkâr işyerlerinde çalıştırılan çocuklar İş Kanunu hükümlerinden faydalanamazlar. İş Kanununun kapsamı dışında bırakılan işlerde çalışan çocuk ve gençler ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa tabi olurlar. Bunun yanı sıra, 5953 sayılı Basın İş Kanunu,

⁶⁵ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası Beta Yayınevi 2022) 15; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (22. Baskı Beta Yayınevi 2022) 3; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (Güncellenmiş 2. Baskı Seçkin Yayınevi 2021) 45; Uşan ve Erdoğan (n 40) 36; M. Fatih Uşan ve H. Hilal Tiritoğlu Ersoy, ‘Cumhuriyet Döneminde Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Gelişmeler’ (2023) (71) *Adalet Dergisi*, Cumhuriyet’in 100. Yılı Özel Sayı 119, 122-123; Ünal (n 15) 293.

⁶⁶ Ünal (n 15) 293-294.

⁶⁷ Bakırcı (n 6) 228; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 204; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 496-497; Erdoğan ve Vural Çelenk (n 4) 1234; Gürsel (n 16) 447.

854 sayılı Deniz İş Kanunu gibi özel kanunlara tabi işlerde çalışan çocuk ve gençlerin durumu da ayrıdır⁶⁸. Böylece, farklı yasal düzenlemelere tabi olan çocuk ve genç işçilerin hakları eşit şekilde korunmamaktadır⁶⁹. Bunun için, öğretide haklı olarak, çocuk ve genç işçilerin tamamını kapsamına alan yeknesak bir düzenlemenin yapılması gerekliliğinin altı çizilmektedir⁷⁰. Zira bu halde, hangi kanun kapsamında bulunduğu bakılmaksızın tüm çocukların aynı korumadan yararlandırılmaları mümkün hale gelir.

2. İş Kanunu Kapsamındaki Çocuk ve Genç İşçiler

a. Genel Olarak

Türk hukukunda bireysel iş ilişkilerinin temel kanunu 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunudur. 4857 sayılı İş Kanunu, özel kanun niteliği taşısa da uygulama kapsamı genel olan bir iş kanunudur. Zira Kanun, 4. maddede⁷¹ yer alan istisnalar dışında bütün işyerlerini, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerini ve işçilerini faaliyet konularına bakılmaksızın kapsamına alır⁷².

⁶⁸ Bakırcı (n 6) 228-229; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 204; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 496-497; Ünal (n 15) 294; Gürsel (n 16) 446.

⁶⁹ Bakırcı (n 6) 229; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 497; Ünal (n 15) 296-297.

⁷⁰ Bakırcı (n 6) 229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 374; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 497; Ünal (n 15) 297; Gürsel (n 16) 450.

⁷¹ İş Kanununun "İstisnalar" başlıklı 4. maddesi uyarınca, "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz; a) Deniz ve hava taşıma işlerinde, b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, d) Bir ailenin üyeleri ve 3'üncü dereceye kadar (3'üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, e) Ev hizmetlerinde, f) çıraklar hakkında, g) Sporcular hakkında, h) Rehabilitasyon edilenler hakkında, ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2'nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde. Şu kadar ki; a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler, c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler, d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri, e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri, f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler, Bu Kanun hükümlerine tabidir."

⁷² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 151; Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 21. Baskı Beta Yayınevi 2021) 58; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 26. Baskı Seçkin Yayınevi 2022) 31; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (14. Baskı Beta Yayınevi 2021) 33; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 59; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Baskı Onikilevha Yayınevi 2021) 5; Uşan ve Erdoğan (n 40) 73; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 133-134; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (6. Baskı Beta Yayınevi 2021) 113.

İş Kanununa göre, asgari çalışma yaşı kural olarak 15'tir. Ancak, Kanunda bazı istisnai hallere de yer verilmiştir. İş Kanununun "Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı" başlıklı 71. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "On beş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış⁷³ olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler."⁷⁴

Bahsi geçen hüküm doğrultusunda; asgari çalışma yaşı her ne kadar 15 olarak kabul edilse de 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayan hafif işlerde çalıştırılabilmelerinin mümkün olduğu göze çarpmaktadır⁷⁵. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.4 uyarınca, "Hafif iş: Yapısı ve niteliği itibariyle ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre; a) Çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan, b) Okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işleri, ifade eder."⁷⁶

⁷³ İş Kanununun 71. maddesinde 04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik doğrultusunda, "ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış" ibaresi "on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" olarak değiştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6645, Kabul Tarihi: 04.04.2015, RG 23.04.2015/29335.

⁷⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 267; Demir (n 17) 565; Tuğ ve Baysal (n 18) 1874; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 496; Bakırcı (n 6) 228, 235; Uşan ve Erdoğan (n 40) 97-98; Özkaraca ve Ünal (n 2) 366; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 509-510; Ünal (n 15) 294; Gündüz (n 17) 10; Gürsel (n 16) 447-448.

⁷⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 267; Bakırcı (n 6) 235; Bozkurt/Gümrükçüoğlu (n 6) 509-510; Ünal (n 15) 294; Gürsel (n 16) 448.

⁷⁶ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/4 uyarınca, "Çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen hafif işler Ek-1'de, genç işçilerin çalışmasına izin verilen işler Ek-2'de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabileceği işler Ek-3'te gösterilmiştir." Yönetmelik Ek-1'de belirtilen çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri hafif işler şu şekildedir; "1. Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri, 2. Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri, 3. Esnaf ve sanatkarların yanında satış işleri, 4. Büro hizmetlerine yardımcı işler, 5. Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtımı ve satımı işleri (yük

Zorunlu eğitim süresi ile asgari çalışma yaşı arasında doğrudan bir bağlantı olduğu belirtilebilir. Zira eğitimin, çocuklar ile gençleri çalışma hayatından uzaklaştırıcı bir işlevi bulunmaktadır. Bu sebeple, zorunlu eğitim süresine yönelik düzenlemelerin asgari çalışma yaşı ile uyum sağlaması gerekmektedir⁷⁷. 1961 tarihli ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu⁷⁸ m.3 uyarınca, “Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Ancak çocuğun gelişim durumuna bağlı olarak okula erken başlaması veya kaydının ertelenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir.” Anılan hüküm, 2019 tarihli ve 7180 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁷⁹ ile yapılan değişiklik neticesinde bu hali almıştır. Bundan önce, zorunlu ilköğretim çağının 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsamına aldığı düzenlenmişti. Bu çağın çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayacağı, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biteceği öngörülmüştü. Halbuki belirttiğimiz üzere, İş Kanunu m.71 hükmü doğrultusunda, kural olarak 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. İstisnai olarak, 14 yaşını doldurmuş çocukların zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olmaları koşulu ile gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayan hafif işlerde çalıştırılabilmelerine imkân tanınmıştır. Bu sebeple, zorunlu ilköğretim çağının 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsamına aldığı öngören düzenlemede değişiklik yapılması isabetlidir. Zira bahsi geçen düzenleme asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeler ile uyum arz etmemektedir. Başka bir ifade ile zorunlu ilköğretim çağının düşürülmesi hukuken çalışması yasak olan çocukların fiilen çalışma hayatına itilmesine neden olabilecek niteliktedir⁸⁰. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi de Türkiye’ye zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşının aynı belirlenmesine yönelik tavsiyede bulunmuştur⁸¹. Bu

taşıma ve istifleme hariç), 6. Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler, 7. Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri, 8. Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç), 9. Spor tesislerinde yardımcı işler, 10. Çiçek satışı, düzenlenmesi işleri.”

⁷⁷ Centel (n 50) 5-6; Özkaraca ve Ünal (n 2) 374; Ünal (n 15) 298; Gürsel (n 16) 450.

⁷⁸ İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Kanun Numarası: 222, Kabul Tarihi: 05.01.1962, RG 12.01.1961/10705.

⁷⁹ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7180, Kabul Tarihi: 27.06.2019, RG 05.07.2019/30822.

⁸⁰ Centel (n 50) 6, 9; Özkaraca ve Ünal (n 2) 374-375; Ünal (n 15) 301; Gürsel (n 16) 450-451.

⁸¹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108 <<https://www.refworld.org/docid/3f487f254.html>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2023.

doğrultuda, öğretide⁸² isabetli olarak, zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının asgari çalışma yaşı olan 15'e yükseltilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmektedir.

Ayrıca, İş Kanununun 71. maddesinde 04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁸³ ile yapılan değişiklik doğrultusunda, "on dört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış" ibaresi "on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" olarak tadil edilmiştir⁸⁴. 71. maddede yapılan değişiklik uyarınca artık ilköğretimin tamamlanması yerine zorunlu ilköğretim çağının tamamlanması arandığından, 14 yaşını bitirmiş ancak henüz ilköğretimini tamamlamamış çocukların hafif işlerde çalıştırılabilmesinin olanaklı hale gelmesi mümkündür. Bu sebeple, öğretide bizim de katıldığımız bir görüş⁸⁵, "zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" ibaresinin çocuk işçilerin lehine olacak şekilde "zorunlu ilköğretimin tamamlanması" şeklinde yorumlanmasının isabetli olacağını ileri sürmektedir. Kanaatimizce, hükmün amacının çocuk ve genç işçilerin korunması olduğu dikkate alındığında İş Kanunu m.71 hükmündeki "zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" ibaresinin değişiklikten önceki haline getirilerek "zorunlu ilköğretimin tamamlanması" şeklinde düzenlenmesi yerinde olur.

14 yaşını doldurmamış çocuklar da gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayan bazı faaliyetlerde bulunabilirler. Ancak, bu sıkı koşullar altında mümkündür. İş Kanunu m.71/1'e eklenen 3. cümle uyarınca, 14 yaşını doldurmamış çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilmeleri mümkündür. Bu halde dahi yazılı sözleşme yapılması ve her bir faaliyet için ayrı izin alınması şartı aranmaktadır. Böylece, belirli alanlarla sınırlı olacak şekilde 14 yaşından küçük çocukların çalıştırılmasına yönelik özel

⁸² Özkaraca ve Ünal (n 2) 375; Ünal (n 15) 302.

⁸³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6645, Kabul Tarihi: 04.04.2015, RG 23.04.2015/29335.

⁸⁴ 6645 sayılı Kanun henüz tasarı aşamasında TBMM'nin ilgili Komisyonlarında görüşülürken Muhalefet tarafından, "zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" ibaresindeki "çağ" kelimesinin anlam karışıklığına sebep olup olumsuz neticelerin ortaya çıkmasına yol açabileceği öne sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi 687 Sıra Sayılı Esas Komisyon Raporu 145-146, 219, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2023; Gürsel (n 16) 448-449.

⁸⁵ Gürsel (n 16) 448-449.

bir düzenleme öngörülmüştür. Anılan düzenlemenin isabetli olduğu belirtilebilir. Zira uygulamada özellikle filmlerde, dizilerde, reklamlarda yaşça küçük çocukların çalıştırılmasına sık rastlanmaktadır⁸⁶. İş Kanunu m.71/son'da anılan hükmü tamamlayıcı nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, "Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

b. Belirli İşler Bakımından

İş Kanunu m.71/1 ile öngörülen genel asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemenin yanı sıra bazı işler için belirli bir yaşın doldurulmuş olması koşulu aranmaktadır. İşK.73/1 uyarınca, "Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır."⁸⁷. Benzer şekilde, İşK.m.72 uyarınca, "Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır."⁸⁸.

"Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"⁸⁹te çocuk ve genç işçilerin korunabilmeleri bakımından çalışma yaşına yönelik getirilmiş başka sınırlamalar da söz konusudur. Yönetmeliğin "16 Yaşını Doldurmuş Fakat 18 Yaşını Bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler" başlıklı Ek-3 hükmünde belirtilen işlerde⁸⁹ asgari yaş sınırı 16 yaşının doldurulmasıdır.

⁸⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 267-268; Gürsel (n 16) 454. Öğretide, isabetli bulduğumuz bir görüş, kültürel, artistik ya da reklamlarla ilgili işlerde faaliyet gösteren çocuklar için getirilmiş düzenlemeleri yeterli görmekte, belirtilen alanlarda faaliyet gösteren çocukların daha kapsamlı şekilde koruyan hükümlerin olması gerekliliğinin altını çizmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsel (n 16) 454-455.

⁸⁷ İş Kanunu m.73/1 hükmünde, sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmasının yasak olduğu öngörülmüşse de "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"⁸⁹te saniye ait olup olmamasına bakılmaksızın onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmayacağı öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 498.

⁸⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 268; Demir (n 17) 566; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 499-500; Bakırcı (n 6) 244; Uşan ve Erdoğan (n 40) 98; Özkaraca ve Ünal (n 2) 367; Ünal (n 15) 294; Gündüz (n 17) 11; Gürsel (n 16) 451.

⁸⁹ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek-3'te belirtilen 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler şu

Başka bir ifade ile, İş Kanununa göre asgari çalışma yaşı kural olarak 15 olarak belirlendiği halde Ek-3'te belirtilen işler bakımından asgari çalışma yaşı 16 olarak kabul edilmiştir⁹⁰.

Bunun gibi, Yönetmelikte, yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi, bazı işlerde 18 yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılmayacağı öngörülmüştür. Anılan Yönetmelik m.5/son uyarınca, "... hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlara maruz kalınması ihtimali olan işlerde, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işlerde, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmamış işçiler çalıştırılmaz." Böylece, Yönetmelikte sınırlı sayıda belirtilen bazı tehlikeli işlerin 18 yaşından küçük kimseler tarafından yerine getirilemeyeceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, anılan hüküm hem böyle önemli bir yasağın düzenlenme yerinin Kanun olması gereği hem de belirtilenler dışında da tehlikeli işler bulunması dolayısıyla sınırlı sayıda sayılma yönteminin isabetsiz olması gerekçeyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁹¹.

şekildedir; "1. Toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri. 2. Kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri ile emprenye işleri. 3. Parafinden eşya imali işleri. 4. Kuş ve hayvan tüyü kıllarının temizlenmesi, didikleme, ayrılması ve bunlara benzer işler. 5. Plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali işleri. (PVC'nin imali ve PVC'den mamül eşyaların yapımı hariç) 6. Mensucattan hazır eşya imali işleri (Perde, ev tekstili, otomobil ürünleri ve benzerleri). 7. Kağıt ve odun hamuru üretimi işleri. 8. Selüloz üretimi işleri. 9. Kağıt ve kağıt ürünlerinden yapılan her türlü eşya ve malzemenin imali işleri. 10. Zahire depolarındaki işler ile un ve çeltik fabrikalarındaki işler. 11. Her türlü mürekkep ve mürekkep ihtiva eden malzeme imali işleri."

⁹⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 511-512; Gürsel (n 16) 452.

⁹¹ Özkaraca ve Ünal (n 2) 367.

3. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki Çocuk ve Genç İşçiler

İş Kanunu kapsamında yer almayan çocuklar, kapsamında oldukları kanunlara göre korunmaktadırlar⁹². Çocuk ve genç işçilerin ağırlıklı olarak İş Kanununun kapsamı dışındaki işlerde çalıştırıldıkları belirtilebilir⁹³.

a. Türk Borçlar Kanunu Kapsamındaki Çocuk ve Genç İşçiler

01.11.2010 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁹⁴ bireysel iş ilişkilerine kaynak oluşturan genel kanunların başında yer alır⁹⁵. Türk Borçlar Kanununun, “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı 6. Bölümünde, sırası ile “Genel Hizmet Sözleşmesi” (m.393-447), “Pazarlamacılık Sözleşmesi” (m.448-460) ve “Evde Hizmet Sözleşmesi”ne (m.461-469) ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle, genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, bireysel iş ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından büyük önem arz eder. Zira Türk Borçlar Kanununun sözleşmelere ilişkin genel kurallarından farklı olarak, genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler bireysel iş ilişkileri için özel olarak öngörülmüştür⁹⁶.

Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine yönelik hükümleri, iş kanunlarına tabi işçiler bakımından anılan Kanunlarda boşluk bulunması halinde, iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmemek koşulu ile, genel kanun - özel kanun ilişkisi bağlamında uygulanır. İş kanunlarına tabi olmayan işçiler bakımından ise, genel hüküm olarak değil, özel hüküm olarak doğrudan uygulama alanı bulur. Böylece, işçilerin İş Kanunlarına tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapılması gerekir. Bundan dolayı, Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine yönelik hükümlerinin, İş Kanunu hükümleri karşısında göreceli bir genel hüküm niteliği taşıdığı belirtilebilir⁹⁷.

⁹² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 267; Bakırcı (n 6) 221.

⁹³ Bakırcı (n 6) 221; Özkaraca ve Ünal (n 2) 373; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 496-497; Ünal (n 15) 297; Gürsel (n 16) 447.

⁹⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011, 27836.

⁹⁵ Ejder Yılmaz, “Genel Kanun - Özel Kanun İlişkisi” (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında) (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 22, 27-28; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 65; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 123.

⁹⁶ Sarper Süzek (n 65) 17; Cevdet Yavuz, ‘Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmeleri’ (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 47, 48; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 65-66; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 124-125; Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, ‘Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi’ (2011) 3 (30) Çalışma ve Toplum Dergisi 231, 234.

⁹⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 17; Yılmaz (n 95) 28; Süzek (n 65) 231; Yavuz (n 96) 48; Şakar (n 72) 8; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 66; Ekmekçi ve Yiğit (n 72) 6;

Türk Borçlar Kanununda, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına yönelik özel düzenlemelere pek rastlanmamaktadır. Anılan Kanunda, asgari çalışma yaşına yönelik de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, kişilerin sağlıklarının korunması amacını güden 24 Nisan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri, çalıştırma yaşına yönelik hüküm içermeyen Türk Borçlar Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulur⁹⁸.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.173/1 uyarınca, “On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur.” Böylece, 12 yaşından küçük çocuklar fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde çalıştırılmazlar. Bunun yanı sıra, hükmün amacı dikkate alındığında, sanayi ve maden işleri haricindeki işlerde de 12 yaşından küçüklerin çalıştırılması gerekir. Böylece, Umumi Hıfzıssıhha Kanununa göre, asgari çalışma yaşı 12 olarak belirlenmiştir⁹⁹. Öğretide isabetli olarak, asgari çalışma yaşının 12 olarak öngörülmesi, anılan düzenlemenin uluslararası ve bölgesel standartlara aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁰.

Her ne kadar Umumi Hıfzıssıhha Kanununda asgari çalışma yaşı 12 olarak belirlenmişse de bu kural mutlak değildir. Zira 1961 tarihli ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59/1 uyarınca, ilköğretim çağına olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenlerin ücretli yahut ücretsiz çalıştırılmaları yasaktır¹⁰¹. Anılan Kanunun 3. maddesine göre, mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. Yine aynı Kanunun 7. maddesine göre ise, ilköğretim; dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur. Bu halde, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 12 olarak belirlenen asgari çalışma yaşı, ilköğretim çağına olan yani 6-14 yaş grubundaki çocuklar bakımından mecburi ilköğretim kurumlarına devam

Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 126; Güneş ve Mutlay (n 96) 233; Eda Karaçöp ve Efe Yamakoğlu, ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile ilişkisi’ (2013) 10 (38) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 83, 91.

⁹⁸ Demir (n 17) 565; Tuğ ve Baysal (n 18) 1871; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 496; Bakırcı (n 6) 229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 371; Ünal (n 15) 294; Gürsel (n 16) 449.

⁹⁹ Demir (n 17) 564-565; Tuğ ve Baysal (n 18) 1871; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 495-496; Bakırcı (n 6) 229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 371; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 513; Ünal (n 15) 294; Gündüz (n 17) 10; Gürsel (n 16) 449.

¹⁰⁰ Tuğ ve Baysal (n 18) 1871; Bakırcı (n 6) 229; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 206; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 513; Ünal (n 15) 297; Gürsel (n 16) 449.

¹⁰¹ Özkaraca ve Ünal (n 2) 371; Ünal (n 15) 295; Gündüz (n 17) 10; Gürsel (n 16) 449.

etmedikleri ihtimalde uygulama alanı bulmaz. Başka bir ifade ile, asgari çalışma yaşı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 12 olarak belirlense de ilköğretim çağında olan 12-14 yaş grubundaki çocukların mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmedikleri ihtimalde çalıştırılmaları yasaktır.

İlköğretim çağında olup mecburi ilköğretim kurumlarına devam eden çocuklar bakımından ise, farklı bir düzenleme öngörülmüştür¹⁰². İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59/2 uyarınca, ilköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeleyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında çalıştırılabilirler. Öğreti de haklı olarak, ilköğretim kurumlarına devam eden çocukların, ancak öğrenim haklarından yararlanmalarına engel teşkil etmeyecek hafif işlerde çalıştırılabilmelerinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹⁰³. Böylece, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 12 olarak belirlenen asgari çalışma yaşı, ilköğretim kurumlarına devam eden ve bunu belgeleyen çocuklar bakımından ders zamanları dışında uygulama alanı bulur. Bu halde, 12-14 yaş grubundaki ilköğretim kurumlarına devam eden bir çocuğun, ders zamanları dışında öğrenimine engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılması mümkündür. Bununla birlikte, öğretide¹⁰⁴, ilköğretim çağında olup okula gitmeyenler bakımından öngörülen çalışma yasağının, okula gidenler bakımından aranmaması haklı olarak eleştirilmektedir.

Anılan Kanununun 176. maddesine göre ise, “Mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur.” Buna göre; bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda 18 yaşından küçük çocukların çalıştırılması mahalli belediyeler tarafından yasaklanmıştır. Bununla birlikte, yasağın maddede belirtilen yerlerle sınırlı olmadığı, genel olarak eğlence yerlerini kapsadığı ifade edilebilir¹⁰⁵.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.179/son uyarınca ise, “Kadınlarla 12’den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı

¹⁰² Özkaraca ve Ünal (n 2) 371-372; Ünal (n 15) 295; Gürsel (n 16) 449.

¹⁰³ Bakırcı (n 6) 258-259.

¹⁰⁴ Özkaraca ve Ünal (n 2) 373.

¹⁰⁵ Demir (n 17) 568; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 496; Bakırcı (n 6) 231; Uşan ve Erdoğan (n 40) 98; Özkaraca ve Ünal (n 2) 371; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 514; Ünal (n 15) 295; Gürsel (n 16) 454. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.12/1 uyarınca da “Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.”

işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir.”. Bu halde, Umumi Hıfzıssıhha Kanununda 12’den 16 yaşına kadar çocukların çalışmalarının yasak olduğu sağlıklarına aykırı ve tehlikeli işlerin tespiti bakımından İş Kanununa yollama yapılmıştır. Bu doğrultuda, öğretime bizim de katıldığımız bir görüş¹⁰⁶, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun uygulandığı işler bakımından dolaylı olarak İş Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Zira Umumi Hıfzıssıhha Kanunu oldukça eski tarihlidir. Anılan Kanunda zaman içerisinde birçok değişiklik yapılsa da çocukların çalıştırılmasına yönelik hükümler değişimsiz aynı şekilde kalmıştır. Bu sebeple, Kanunun çocuklara yeterli korumayı sağlamakta günümüz gereklerinin oldukça gerisinde kaldığı ifade edilebilir¹⁰⁷.

Çalışma konumuz bağlamında, Umumi Hıfzıssıhha Kanundaki asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeler ne uluslararası sözleşmeler ile ne de 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri ile uyum arz etmektedir¹⁰⁸. Bunun yanı sıra anılan Kanunda, 16 yaşından büyük çocukların çalışmalarının yasak olduğu sağlıklarına aykırı ve tehlikeli işlerin tespiti bakımından İş Kanununa yollama yapılmamıştır. Bu halde, Kanunda bu hususta bir eksiklik mevcuttur. Ayrıca, Kanunun kapsamına giren çocuklar bakımından herhangi bir haklı neden olmaksızın farklı esaslar uygulanması hem hakkaniyete hem de eşitlik ilkesine aykırıdır¹⁰⁹.

Öğretime bir görüş¹¹⁰, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.179/son hükmünde İş Kanununa yapılan yollama doğrultusunda, asgari çalışma yaşına yönelik olarak da İş Kanunundaki esasların benimsenmesinin yerinde olacağını öne sürmektedir. Buna göre, 12’den 16 yaşına kadar çocukların çalışmalarının yasak olduğu sağlıklarına aykırı ve tehlikeli işlerin tespiti bakımından İş Kanunu hükümleri dikkate alınacağından asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemelerde bu kapsamda kabul edilebilir. Kanaatimizce, bu oldukça yerinde bir görüştür. Zira asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeler de çocuk ve genç işçilerin sağlıklı olarak gelişebilmeleri amacına hizmet etmektedir. Bu halde, Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yapılan yollama neticesinde İş Kanunundaki asgari çalışma yaşına yönelik hükümlerin geçerli olacağı düşünülebilir.

¹⁰⁶ Özkaraca ve Ünal (n 2) 372.

¹⁰⁷ Özkaraca ve Ünal (n 2) 372; Ünal (n 15) 294.

¹⁰⁸ Bakırcı (n 6) 85; Urhanoğlu Cengiz (n 23) 206; Özkaraca ve Ünal (n 2) 372; Ünal (n 15) 297.

¹⁰⁹ Özkaraca ve Ünal (n 2) 372; Ünal (n 15) 297; Gürsel (n 16) 453.

¹¹⁰ Özkaraca ve Ünal (n 2) 373.

b. Basın İş Kanunu Kapsamındaki Çocuk ve Genç İşçiler

Basın alanındaki çalışma ilişkilerinin kendine özgü niteliği, gazetecilik mesleğinden kaynaklanan tehlikeler, konunun basın özgürlüğü ile ilgili olması gibi çeşitli nedenler dolayısıyla gazetecilerin çalışma ilişkileri, 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ile düzenlenmektedir¹¹¹. Gazeteciler ile işverenleri arasındaki çalışma ilişkileri Basın İş Kanunu aracılığı ile özel olarak düzenlendiğinden¹¹² anılan Kanun, kapsamına aldığı kesim itibarıyla 4857 sayılı İş Kanununa kıyasla özel kanun niteliği taşır¹¹³.

5953 sayılı Basın İş Kanunu da 4857 sayılı Kanun gibi özel nitelikli bir Kanun olduğundan, anılan Kanunlar arasında genel kanun - özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, Basın İş Kanununda boşluk bulunması halinde, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur¹¹⁴.

Basın İş Kanununda çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik özel hükümlere yer verilmemiştir. Bu doğrultuda, anılan kimselerin çalıştırılmasına yönelik asgari çalışma yaşı da belirlenmemiştir. Basın İş Kanununda çocuk ve gençlerin çalıştırılmasına yönelik özel düzenleme bulunmaması dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulur¹¹⁵. Belirttiğimiz gibi, Türk Borçlar Kanununda da asgari çalışma yaşına yönelik herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple, Basın İş Kanununa tabi çocuk ve genç işçilerin asgari çalışma yaşının belirlenmesi

¹¹¹ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.06.1955, RG 20.06.1952/8140.

¹¹² 5953 sayılı Basın İş Kanunu m.1 uyarınca, “*Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulüne haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.*”.

¹¹³ Haluk Hadi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı Seçkin Yayınevi 2020) 4-6; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 62-63; Ekmekçi ve Yiğit (n 72) 18; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 137-138; Ayşe Köme Akpulat, ‘Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme’ (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 224, 225.

¹¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 17-18; Süzek (n 65) 230; Sümer, Basın İş Hukuku (n 113) 16-17; Bakırcı (n 6) 229; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 139; Aslıhan Kayık, ‘Basın İş Kanunu Kapsamındaki Gazetecilerin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanma Koşulları’ (2014) 9 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153,154-155.

¹¹⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 496; Bakırcı (n 6) 228-229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 370-371.

bakımından Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur¹¹⁶. Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu başlığı altında yer verilen bilgiler burada da geçerlidir.

c. Deniz İş Kanunu Kapsamındaki Çocuk ve Genç İşçiler

Karadakilere nazaran özellik arz etmesi dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunundaki birçok hükmün deniz taşıma işleri bakımından uygulama alanı bulması olanaklı değildir. Bu sebeple, gemiadamlarının çalışma ilişkileri 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile düzenlenmektedir¹¹⁷. Deniz İş Kanunu, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde iş sözleşmesiyle çalışan gemiadamları¹¹⁸ ve bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bunun gibi, aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz ve daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde yine Deniz İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamına aldığı kesim itibarıyla, 4857 sayılı İş Kanununa kıyasla özel kanun niteliği taşır¹¹⁹.

5953 sayılı Basın İş Kanunu gibi, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu arasında da genel kanun - özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bahsi geçen her iki Kanun da özel kanun niteliğini haizdir. Bu sebeple, Deniz İş Kanununda boşluk bulunması halinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur¹²⁰.

¹¹⁶ Tuğ ve Baysal (n 18) 1871; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 496; Bakırcı (n 6) 229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 371; Ünal (n 15) 294.

¹¹⁷ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 20.04.1967/12568. Eski tarihli olan 854 sayılı Deniz İş Kanunu, deniz taşımacılığının geldiği konum göz önüne alındığında çalışma hayatının ihtiyaçlarını karşılamaya yetmediği, denizcilik mesleğinin gereksinimlerini karşılamada eksik kaldığı, sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmelerin gerisinde kaldığı gibi gerekçelerle öğretilde eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 140-141; Mehmet Nusret Bedük, *Deniz İş Sözleşmesi* (Ekin Yayınevi 2012) 39-40; Bektaş Kar, *Deniz İş Hukuku (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ve Emsal Yargıtay kararları ile)* (3.Bası Yetkin Yayınları 2021) 26.

¹¹⁸ 854 sayılı Deniz İş Kanunu m.2/B uyarınca, "gemiadamı", bir iş sözleşmesine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kişileri ifade eder.

¹¹⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 152-153; Süzek (n 65) 16, 228; Şakar (n 72) 8, 35-36; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 62; Ekmekçi ve Yiğit (n 72) 6; Uşan ve Erdoğan (n 40) 76-77; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 139; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 72) 114; Özkaraca ve Ünal (n 2) 368; Bedük (n 117) 2, 39; Mehmet Halis Karaman, 'Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 114, 116; Kar (n 117) 45.

¹²⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 65) 17-18; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 17) 59; Bakırcı (n 6) 229; Ekmekçi ve Yiğit (n 72) 7; Uşan ve Erdoğan (n 40) 75-76; Uşan ve Tiritioğlu Ersoy (n 65) 127; Kar (n 117) 44-45, 48; Karaçöp ve Yamakoğlu (n 97) 86-87.

Deniz İş Kanununda çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik özel hükümler bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, Kanunda asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemeye de yer verilmemiştir¹²¹. Ancak, “Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği”nde¹²² yaşça küçük gemiadamlarının korunmasına yönelik hükümler öngörülmüştür. Bu bağlamda, gemiadamı olabilmek için aranan yeterlik şartları arasında yaş koşulu da bulunmaktadır¹²³.

Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinin çeşitli maddelerinde gemiadamı olabilmek için aranan yeterlik şartları arasında diğer şartların yanı sıra yaş koşuluna da yer verilmiştir. Buna göre; gemici olmak için müracaat edenlerin 16 yaşını bitirmesi, en az ilköğretim okulu mezunu olması, usta gemici olmak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmesi, en az ilköğretim mezunu olması gerekmektedir (Yön.m.6). Yağcı yeterliği almak için müracaat edenlerin 16 yaşını bitirmesi, en az ilköğretim mezunu olması, usta makine tayfası yeterliği almak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmesi, en az ilköğretim mezunu olması gerekmektedir (Yön.m.16). Elektro-teknik tayfası olmak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmesi, en az ilköğretim mezunu olması gerekmektedir (Yön.m.25). Yat kaptanı (149 GT) yeterliği almak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmiş ve en az lise mezunu olması gerekmektedir (Yön.m.26). Balıkçı gemisi güverte tayfası yeterliği almak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmiş olması ve en az ilköğretim okulu mezunu olması, balıkçı gemisi kaptanı yeterliği almak için müracaat edenlerin 18 yaşını bitirmiş olması, açık deniz balıkçı gemisi kaptanı yeterliği almak için müracaat edenlerin ise 20 yaşını bitirmiş olması gerekmektedir (Yön.m.27). Ayrıca, can kurtarma araçlarını kullanma yeterliği belgesi, 18 yaşından küçük olmayan gemiadamlarına düzenlenebilir (Yön.m.29).

Deniz İş Kanununda, yaş hususunda dikkat çekebilecek tek düzenleme anılan Kanunun “Yazılı aktin şekli” başlıklı 6. maddesinde¹²⁴ yer almaktadır. Buna

¹²¹ Özkaraca ve Ünal (n 2) 368; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 514.

¹²² Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği, RG 10.02.2018/30328. “Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği”, 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b), (c), (d), (f) ve (k) bentleri ile 28’inci maddesine ve 20/4/1989 tarihli ve 3539 sayılı Kanun ile uygun bulunan Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşmeye dayanılarak hazırlanmıştır.

¹²³ Özkaraca ve Ünal (n 2) 368; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 515.

¹²⁴ 854 sayılı Deniz İş Kanunu m.6 uyarınca, “Bu kanuna göre yapılacak yazılı akitlerde aşağıdaki hususların bulunması gerekir: 1. İşverenin adı ve soyadiyle ikametgâh adresi, 2. Gemiadamının

göre, Deniz İş Kanununa göre yapılacak yazılı sözleşmelerde “Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/5/1959 gün ve 7292 sayılı kanunla onanan sözleşmenin özeti” bulunması gerekir. Bahsi geçen Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1921 tarihli ve 15 No.lu Asgari Yaş (Tirimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesi olup asgari çalışma yaşı 18 olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, ülkemizin taraf olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1973 tarihli ve 138 Nolu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesinin kabulü ve yürürlüğe girmesi ile 1921 tarihli Asgari Yaş (Tirimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesi yürürlükten kalkmıştır (138 Nolu Sözleşme m.10)¹²⁵.

UÇÖ’nün 15 No.lu Asgari Yaş (Tirimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesinin yerini alan 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesi uyarınca, doğası ve yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü iş bakımından asgari çalışma yaşı 18’in altında olamaz (m.3). Deniz işleri, doğası ve yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürebilir. Dolayısıyla, tehlikeli işlerdendir. Bu halde, tehlikeli işler bakımından asgari çalışma yaşı 18 olarak belirlendiğinden deniz işleri de bu kapsamda yer alır. Bununla birlikte, yine anılan Sözleşme uyarınca, ulusal mevzuat bakımından genç kişilerin sağlığının, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel yahut mesleki öğrenim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren çalışmalarına izin verilebilir (m.3). Bu doğrultuda, belirtilen koşulların sağlanması durumunda tehlikeli işlere yönelik asgari çalışma yaşı 16 olarak tespit edilebilir¹²⁶.

Esasen, Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinde gemiadamlarının yeterlik belgelerini almaları için öngörülen yaş şartının 138 No.lu İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme ile uyumlu olduğu ifade edilebilir. Zira Yönetmelikte gemiadamlarının yeterlik belgelerini almaları açısından öngörülen

adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası ve ikametgâh adresi, 3. Gemiadamının çalışacağı geminin ismi, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi (Gemiadamının aynı işverenin muhtelif gemilerinde çalışması ihtimali mevcutsa, bu hizmet aktinde ayrıca belirtilir.) 4. Aktin yapıldığı yer ve tarih, 5. Gemiadamının göreceği iş, 6. Gemiadamının hizmete başlayacağı tarih ve yer, 7. Hizmet aktinin belli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli bir süre için yapılmış ise süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu, 8. Kararlaştırılan ücret esası ile miktarı, 9. Ücretin ödeme zamanı ve yeri ile zorunlu tutulan işverenler için gemiadamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının ödeneceği banka özel hesap numarası, 10. Avans şartları, 11. Diğer iş şartları, 12. Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/5/1959 gün ve 7292 sayılı kanunla onanan sözleşmenin özeti.”

¹²⁵ Bakırcı (n 6) 229; Özkaraca ve Ünal (n 2) 369-370.

¹²⁶ Bakırcı (n 6) 229-230, 236-237; Özkaraca ve Ünal (n 2) 369-370.

asgari yaş sınırı 16'dır. Ayrıca belirtilmelidir ki, Yönetmelikte yeterlik belgelerinin alınabilmesi için yaş koşulunun yanı sıra zorunlu eğitimin tamamlanması ve mesleki eğitim hususunda çeşitli kriterlerin sağlanmasına yönelik muhtelif koşullar da aranmaktadır¹²⁷. Bununla birlikte, Yönetmelikte gemiadamlarının yeterlik belgelerini almaları için öngörülen asgari yaş sınırı her ne kadar Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 138 No.lu Sözleşmesi ile uyum arz etse de yine de aranan yaş şartının Yönetmelik yerine Kanunla düzenlenmesi kanaatimizce daha isabetli olurdu.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ülkemizin onay sürecinin devam ettiği UÇÖ'nün Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC, 2006)¹²⁸ de gemiadamlarının asgari çalışma yaşının tespiti bakımından önem arz etmektedir¹²⁹. 2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ile denizde çalışmaya ilişkin mevcut uluslararası sözleşmelerde ve tavsiye kararlarında öngörülen tüm normlar, aynı zamanda diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde öngörülen temel ilkeler ve bu alandaki sözleşmeler dikkate alınmış ve kapsamlı bir çatı düzenlemesi meydana getirilmiştir¹³⁰. Sözleşme, 20.08.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³¹. Ülkemiz bakımından ise, Sözleşmenin onay süreci başlatılmış ancak henüz tamamlanmamıştır. Zira Sözleşme, TBMM tarafından 02.03.2017 tarihinde 6898 sayılı "Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile kabul edilmiştir¹³².

¹²⁷ Özkaraca ve Ünal (n 2) 370.

¹²⁸ International Labour Organization, Maritime Labour Convention, 2006, as amended, <https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/WCMS_763684/lang--en/index.htm> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023.

¹²⁹ Deniz Çalışma Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ş. Esra Başkan, 'Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC-2006) Kapsamında Gemi Çalışanlarının Çalışma Süreleri ve Ulusal Mevzuatın Sözleşmeye Uyumu' (2023) (Özel Sayı) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 313-355.

¹³⁰ Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ile daha önce Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından gemi çalışanlarına yönelik kabul edilen Sözleşmeler birleştirilmiş ve gözden geçirilmiştir. Gözden geçirilen Sözleşmeler, Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin X maddesinde belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. International Labour Organization, Maritime Labour Convention, 2006, as amended, <https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/WCMS_763684/lang--en/index.htm> Erişim Tarihi 14 Eylül 2023.

¹³¹ Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi için dünya toplam gemi tonajının %33'üne sahip en az 30 UÇÖ üyesi devlet tarafından onaylanması koşulu, 20.08.2012 tarihinde karşılanmıştır. 20.08.2013 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye günümüz itibarıyla 104 ülke taraftır. Ayrıntılı bilgi için bkz. International Labour Organization, Maritime Labour Convention, 2006 <<https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/lang--en/index.htm>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2023.

¹³² Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6898, Kabul Tarihi: 02.03.2017, RG 25.03.2017/30018.

Ancak, henüz Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır. Bahsi geçen Sözleşmede, gemiadamlarının gemide çalışabilmesi için aranan asgari şartlar başlığı altında yaş koşuluna da yer verilmiştir. Deniz Çalışma Sözleşmesi uyarınca, asgari çalışma yaşı 16 olarak belirlenmiş ancak özel durumlarda daha üst bir asgari yaşın belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır¹³³.

SONUÇ

Türk Hukukunda asgari çalışma yaşına yönelik olarak farklı kanunlarda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, İş Kanununa, Türk Borçlar Kanununa, Basın İş Kanununa ve Deniz İş Kanununa tabi işçiler bakımından asgari çalışma yaşına yönelik farklı düzenlemeler söz konusudur. İş Kanununda asgari çalışma yaşı; kural olarak 15, istisnai hallerde 14 olarak öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanununda ve Basın İş Kanununda asgari çalışma yaşına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, Umumi Hıfzıssıhha Kanununda asgari çalışma yaşına yönelik yer verilen düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulama alanı bulur. Umumi Hıfzıssıhha Kanununda asgari çalışma yaşı 12 olarak belirlenmiştir. Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından ise asgari çalışma yaşı yapılan işe göre 16 yahut 18 olarak öngörülmüştür. Bu halde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ışığında bir değerlendirme yapıldığında hukukumuzda asgari çalışma yaşına yönelik düzenlemelerin eksik yahut aykırı kaldığı açıktır.

Asgari çalışma yaşına yönelik olarak öngörülen farklılıklar, hükmün esas amacı olan çalışma hayatında çocukların korunması ve gözetilmesi amacı ile bağdaşmamaktadır. Elbette ki hangi kanun kapsamında yer aldığına bakılmaksızın tüm çocuklar sağlıklı olarak gelişmelerine engel olacak koşullardan uzak tutulmalıdır. Bu halde, asgari çalışma yaşı bakımından çocuklar arasında tabi oldukları kanuna göre ayırım yapılması hem hakkaniyetten uzaktır hem de eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira burada haklı bir neden bulunduğu söz edilemez. Örnek vermek gerekirse; İş Kanununun "istisnalar" başlıklı 4. maddesi uyarınca, bir tarım işletmesinde 50 ve daha az işçi çalıştırılması halinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri, 50'den çok işçi çalıştırılması halinde İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, 50 işçinin çalıştırıldığı bir tarım işletmesinde çalışan işçiler Türk Borçlar Kanunu hükümlerine, 51 işçi çalıştırılan bir tarım işletmesinde çalışan işçiler ise İş Kanunu hükümlerine tabi olur. Bu halde, 50 işçinin çalıştığı tarım

¹³³ Kar (n 117) 218.

işletmesi bakımından asgari çalışma yaşı 12 iken, 51 işçinin çalıştığı tarım işletmesinde 15'tir. Belirtilen durumda, asgari çalışma yaşına yönelik öngörülen ayırımın hiçbir makul gerekçesi bulunmamaktadır. Çocuk ve genç işçilerin ağırlıklı olarak İş Kanunu kapsamı dışında kalan işlerde çalıştırıldığı da göz önünde tutulmalıdır. Böylece, Türk hukukunda asgari çalışma yaşına yönelik yapılan ayırımın çocukların korunması bakımından sakıncalı neticeler meydana getirmesi kaçınılmazdır. Bunun için, asgari çalışma yaşına yönelik olarak yeknesak ve uluslararası sözleşmelerle uyumlu düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Belirtilen hususlar doğrultusunda, asgari çalışma yaşına yönelik uluslararası düzenlemeler ışığında yeknesak bir düzenlemenin yapılması yerinde olur. Hangi kanun kapsamında bulunduğu bakılmaksızın tüm çocuklar aynı korumadan yararlandırılmalıdır. Bunun için, çocukların hepsini kapsamına alan özel bir düzenlemenin varlığı gereklidir. Bu doğrultuda, asgari çalışma yaşının kural olarak 15 olarak benimsenmesi, tehlikeli işler bakımından ise 18 yaşına yükseltilmesi uygun bir çözümdür. Elbette ki asgari çalışma yaşı belirlenirken zorunlu eğitim çağı göz önüne alınmalı ve koşullar arasında zorunlu eğitimin tamamlanmasına yer verilmelidir. Bu bakımından, asgari çalışma yaşı ile zorunlu eğitimi tamamlama yaşı arasında uyum olması önem arz eder. Bundan dolayı, zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının asgari çalışma yaşı olan 15'e yükseltilmesi yerinde olur. Bunun yanı sıra, çalışma hayatında çocukların korunması için yasal düzenlemelerin mevcudiyeti kadar bunların uygulamaya geçirilmesinin de önemli olduğu unutulmamalıdır. Bu doğrultuda, devletin denetim mekanizmasının da güçlendirilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (Güncellenmiş 2. Baskı Seçkin Yayınevi 2021)
- Aykaç HB, 'Hukuksal Açından Çocuk ve Genç İşçiliği' (2015) (116) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335-386
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (6. Baskı Beta Yayınevi 2021)
- Baskan ŞE, 'Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC-2006) Kapsamında Gemi Çalışanlarının Çalışma Süreleri ve Ulusal Mevzuatın Sözleşmeye Uyumu' (2023) (Özel Sayı) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 313-355
- Bedük MN, *Deniz İş Sözleşmesi* (Ekin Yayınevi 2012)
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 481-546
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası Beta Yayınevi 2022)
- Centel T, 'Aşamalı Zorunlu Eğitimin Çalışma Yaşamına Etkisi' (2012) (26) Sicil İş Hukuku Dergisi 7-11
- Council Europe, European Committee of Social Rights, Conclusions 2019, Turkey, <<https://rm.coe.int/rapport-tur-en/16809cfbec>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2023
- Demir F, 'Çalışma Hayatında Çocukların Korunması' (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547-577
- Demircioğlu M, Centel T ve Kaplan HA, *İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 21. Bası Beta Yayınevi 2021)
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Baskı Onikilevha Yayınevi 2021)
- Erdoğan C ve Vural Çelenk B, 'Protection of Child in Turkish Labor Law System' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1231-1251
- Gündüz S, 'Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu' (2009) 22 (1-2-3) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-28
- Güneş B ve Mutlay FB, 'Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi' (2011) 3 (30) Çalışma ve Toplum Dergisi 231-288
- Gürsel İ, 'Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması' (2016) 74 (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 415-464
- International Labour Organization and United Nations Children's Fund, Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward, ILO and UNICEF, 2021
- International Labour Organization, Child Labour, Child Labour in Türkiye, <<https://www.ilo.org/ankara/projects/child-labour/lang--en/index.htm>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2023

- International Labour Organization, What is child labour, <<https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--en/index.htm>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2023
- Bakırcı K, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması* (Beta Yayınevi 2004)
- Kar B, *Deniz İş Hukuku (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ve Emsal Yargıtay kararları ile)* (3.Bası Yetkin Yayınları 2021)
- Karaçöp E ve Yamakoğlu E, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi' (2013) 10 (38) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 83-148
- Karaman MH, 'Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 114-131
- Kayık A, 'Basın İş Kanunu Kapsamındaki Gazetecilerin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanma Koşulları' (2014) 9 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153-172.
- Kılıç Ş, 'Türk Hukukundaki Çocuk İşçi Tanımının Uluslararası Standartlara Uygunluğu' (2018) 13 (165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-162
- Köme Akpulat A, 'Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 224-236
- Levent A, 'Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law' (2009) 21 (1) Employee Responsibilities and Rights Journal 53-67
- Mollamahmutoğlu H, Muhittin A ve Ulaş B, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı Lykeion Yayıncılık 2022)
- Özkaraca E ve Ünal C, 'Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu' (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 355-410
- Şakar M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (14. Baskı Beta Yayınevi 2021)
- Sarper S, *İş Hukuku* (22. Baskı Beta Yayınevi 2022)
- Sümer HH, *Bireysel Basın İş Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı Seçkin Yayınevi 2020). (Basın İş Hukuku)
- Sümer HH, *İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 26. Baskı Seçkin Yayınevi 2022)
- Tuğ A ve Baysal U, 'İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan II (Beta Yayınevi, 2011) 1869-1880
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108 <<https://www.refworld.org/docid/3f487f254.html>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2023

- Ünal C, 'Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözümsüzlüğü' (Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler, Anadolu Üniversitesi, Kasım 2014) 289-305
- Urhanoglu Cengiz İ, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler' (2012) (98) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203-230
- Uşan MF ve Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayınevi 2023)
- Uşan MF ve Tiritoglu Ersoy HH, 'Cumhuriyet Döneminde Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Gelişmeler' (2023) (71) Adalet Dergisi, Cumhuriyet'in 100. Yılı Özel Sayı 119-160
- Yavuz C, 'Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri' (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 47-102
- Yılmaz E, "'Genel Kanun - Özel Kanun İlişkisi" (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)' (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 22-31