

Cilt: 27, Sayı: 46, Yıl: 2022
Vol: 27, No: 46, Year: 2022
ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2022

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsni ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLİ	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Temmuz 2022

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŞMA KURULU*


- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,


ULAKBİM 2015 yılından itibaren TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri
Tabanı'nda,


Dergipark'ta,


Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve


HEINONLINE

Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1- 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŞİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU
MAHALLİ İDARELERİN SOKAK KÖPEKLERİNİN VEREBİLECEĞİ
ZARARLAR İLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BU
YÜKÜMLÜLÜKLERİN MAHALLİ İDARELER ARASINDAKİ
İLİŞKİLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 3

**Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI / Merve ALTIN / Şeyma HAKAN
AYÇA**
MAHALLE DÜĞÜNLERİNE KOLEKTİF KÜLTÜREL HAKLAR
PENCERESİNDEN SAVUNMA 65

Dr. Öğr. Üyesi Salim ORHAN
EGEMEN MODERN DEVLET PARADİGMASINA KARŞIT BİR
YAKLAŞIM OLARAK JOHANNES ALTHUSIUS'UN SİYASET
TEORİSİ 115

Dr. Öğr. Üyesi Sadullah ÖZEL
ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN CEMAL KAŞIKÇI CİNAYETİ 169

Arş. Gör. Dr. Nilüfer COŞKUN
GELİR VERGİSİ KANUNUNDA İKALE VE İKALE YOLUYLA YAPILAN
ÖDEMELERE İLİŞKİN GELİR VERGİSİ KESİNTİSİNİN İADESİNDE
HUKUKİ SORUMLULUK 201

ÖZEL HUKUK

Arş. Gör. Derya BULUTTEKİN
HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE TAHKİMİN
DEĞERLENDİRİLMESİ (HMK m. 407-444) 251

KİTAP İNCELEMELERİ

Dr. Öğr. Üyesi Vahap COŞKUN
VİCDAN ZORBALIĞA KARŞI 297

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Sencer Abdullah AKKOYUNLU
OBLIGATIONS OF LOCAL ADMINISTRATIONS REGARDING
DAMAGES THAT CAN BE CAUSED BY STREET DOGS AND THE
EVALUATION OF THESE OBLIGATIONS IN REACH OF
RELATIONS BETWEEN LOCAL ADMINISTRATIONS 4

Asst. Prof. Neyire AKPINARLI / Merve ALTIN / Şeyma HAKAN AYÇA
DEFENSE OF OUTDOOR WEDDINGS FROM THE COLLECTIVE
CULTURAL RIGHTS PERSPECTIVE 66

Asst. Prof. Salim ORHAN
THE POLITICAL THEORY OF JOHANNES ALTHUSIUS AS A
CONTRARY APPROACH TO THE DOMINANT MODERN STATE
PARADIGM..... 116

Asst. Prof. Sadullah ÖZEL
THE MURDER OF JAMAL KHASHOGGI IN TERMS OF
INTERNATIONAL LAW 170

Res. Asst. Dr. Nilüfer COŞKUN
THE MUTUAL TERMINATION AGREEMENT IN TERMS OF INCOME
TAX LAW AND LEGAL RESPONSIBILITY FOR THE REFUND OF
INCOME TAX DEDUCTION AT SOURCE BY MUTUAL TERMINATION
AGREEMENT 202

PRIVATE LAW

Res. Asst. Derya BULUTTEKİN
EVALUATION OF THE ARBITRATION IN ACCORDANCE WITH
THE TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE (CCP Art. 407-444) 252

BOOK REVIEWS

Asst. Prof. Vahap COŞKUN
CONSCIENCE AGAINST TYRANNY 298

KAMU HUKUKU

**MAHALLİ İDARELERİN SOKAK KÖPEKLERİNİN
VEREBİLECEĞİ ZARARLAR İLE İLGİLİ
YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BU YÜKÜMLÜLÜKLERİN
MAHALLİ İDARELER ARASINDAKİ İLİŞKİLER
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Sencer Abdullah AKKOYUNLU*

ÖZ

Türkiye’de son zamanlarda sokak köpeklerinin doğrudan veya dolaylı şekilde insanlara ve diğer canlılara, örneğin başka köpeklere ve kedilere vermiş oldukları zararlar önemli bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır. Toplumda bu hayvanların oluşturdukları tehlike sebebiyle hayvan barınaklarında tutulmaları, buradan dışarıya bırakılmamaları yönünde bir anlayış yerleşmeye başlamıştır. Fakat çalışmamızda incelediğimiz, sokak köpeklerine yapılacak müdahaleleri düzenleyen mevzuat hükümleri bu hayvanların hayvan bakımevlerinde sürekli olarak tutulamayacağını öngörmektedir. Mevzuatta sokak köpeklerine yapılacak müdahalelerde mahalli idarelere önemli yükümlülükler getirilmiştir. Sokak köpeklerine gerekli müdahalelerde bulunan mahalli idareler bu hayvanları öldürmek için gerekli şartlar oluşmuşsa öldürecek ya da aldığı ortama bırakacaktır. Ayrıca belediyeler sokak köpeklerini sahiplendirmeye çalışacak,

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: saakkoyunlu@erzincan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5682-0786.
Makalenin Gönderim Tarihi : 11.03.2022.
Makalenin Kabul Tarihi : 12.04.2022.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

sahiplendiremezlerse aldığı ortama bırakacak ve hayvanların beslenmelerine yardımcı olacaktır. Sokak köpekleri de insanlar gibi yaşam hakkına sahip olan ve kötü yaşam koşullarından kurtarılması gereken canlılardır. Bu hayvanları sürekli olarak hayvan bakımevinde tutmak hem hayvanların sayılarının fazlalığı karşısında çok zor hem de özgürlüklerinden alıkonulan hayvanlar için olumsuz bir davranıştır. Mahalli idarelerin mevzuatta sokak köpekleriyle ilgili öngörülen yükümlülükleri hem insanlar hem de sokak köpekleri için arzu edilen yaşam ortamını sağlamakta yetersizdir. Sokak köpekleriyle ilgili mevzuatın ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden ele alınması, mahalli idarelerin yükümlülüklerinin bilimsel gerçekler göz önünde bulundurularak anlaşılır bir dilde ve detaylı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sokak köpekleriyle ilgili olarak yaşanan sorunlar var olmaya devam edecektir.

Anahtar Kelimeler: Sokak köpekleri, sahihsiz hayvanlar, hayvan bakımevi, mahalli idareler, hayvan barınağı.

OBLIGATIONS OF LOCAL ADMINISTRATIONS REGARDING DAMAGES THAT CAN BE CAUSED BY STREET DOGS AND THE EVALUATION OF THESE OBLIGATIONS IN REACH OF RELATIONS BETWEEN LOCAL ADMINISTRATIONS

ABSTRACT

The harm that stray dogs cause directly or indirectly to humans and other living things, such as other dogs and cats, has recently become an important problem in Turkey. An understanding has begun to settle in the society that these animals should be kept in animal shelters due to the danger they pose, and that they should not be left outside. However, the provisions of the legislation regulating the interventions to stray dogs, which we examined in our study, stipulate that these animals cannot be kept in animal shelters permanently. In the legislation, important obligations have been imposed on local administrations in interventions to stray dogs. Local administrations, which make the necessary interventions to stray dogs, will kill these animals if the necessary conditions are met to kill them or leave them in the environment they take. In addition, municipalities will try to adopt stray dogs, if they cannot, they will leave them in their environment and help the animals to be fed. Stray dogs are also creatures that have the right to life like humans and need to be rescued from bad living conditions. Keeping these animals in the animal shelter permanently is both very difficult in the face of the large number of animals and is a negative

behavior for the animals who are deprived of their freedom. The obligations of local administrations regarding stray dogs in the legislation are insufficient to provide the desired living environment for both humans and stray dogs. The legislation on stray dogs should be reconsidered in line with the needs and the obligations of local administrations should be regulated in an understandable language and in detail, taking into account scientific facts. Otherwise, problems with stray dogs will continue to exist.

Keywords: Stray dogs, stray animals, animal hospice, local governments, animal shelter.

I. GİRİŞ

İnsan yeryüzünde yalnızca kendi türüyle birlikte yaşayan bir varlık değildir. Diğer canlı türleriyle aynı yaşam ortamında varlığını sürdürmekte, onlarla ilişki ve etkileşim içinde bulunmaktadır. İnsanların canlı türleri içerisinde hayvanlarla olan ilişkisi ve etkileşimi yoğunluk arz etmektedir. Bunun sebebi, hayvanların yaşam alanlarının insanların yaşam alanları ile iç içe bulunmasıdır¹. Birbiriyle iç içe yaşayan bu iki canlı türü sık sık bir araya veya karşı karşıya gelmektedir. Bir araya gelmeleri itibariyle artık birçok insan günlük yaşam ortamını, hayvanlar içerisinde özellikle köpek ve kedilerle paylaşmakta, onları adeta ailelerinin birer üyesi² olarak görmektedir. Karşı karşıya kalmaları

¹ Ayrıca bkz. Koç, Aysun/Ayvazoğlu Demir, Pınar: Geçici hayvan Barınaklarının Genel Durumları ve Sorunlarına İlişkin Bir Değerlendirme: Ege Bölgesi Örneği, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 29.

² Hayvanların insanoğlunun varoluşundan bu yana sundukları sevgi ve şefkat ile insanların yanında, en yakın dostları olduğu belirtilmekte (Akbulut, Onur/Çobanoğlu, Nesrin: Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 36, Yıl: 2020, s. 2), ayrıca günümüzün modern kentlerinde insan-hayvan ilişkisinin boyutunun farklılaştığı, üretkenliğin ve uzmanlığın ön planda olduğu kentlerde, insan-evcil hayvan ilişkisinin sevgi, arkadaşlık, yalnızlığı paylaşma ilişkisine dönüştüğü, bu hayvanların birer aile bireyi olarak görüldüğü ifade edilmektedir (Tamzok, Hülya/Kük, Mustafa/Çobanoğlu, Nesrin: Hukuki ve Etik Boyutlarıyla Sokak Hayvanları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 248). Böylece insan ve hayvan arasında başından beri

itibariyle ise bazı insanlar günlük yaşam ortamını bu canlılarla paylaşmak istememekte, onları varlıkları umursanmayacak canlılar olarak görmektedir. Hayatın olağan akışı içerisinde insanlar ve hayvanlar zaman zaman karşılaşmakta, bu karşılaşmalar olumsuz neticeler doğurmaktadır. Olumsuz neticelenebilen karşılaşmalar büyük ölçüde, sokak köpekleri ile insanlar arasında gerçekleşmektedir. Daha çok insanlara karşı sevgi duyan ve onları tehlikelerden koruyan canlılar olarak bilinen ve bu özelliklerinin daimî olması sebebiyle insanın sadık dostu olarak nitelendirilen köpekler bu olumlu özelliklerinin tersine bazen insanlara ve başka canlılara saldırmakta, saldırdıkları canlıların ciddi şekilde yaralanmalarına ve hatta ölümlerine neden olmaktadır. Onların saldırıları kendileri gibi sokakta yaşayan kedilerin varlığını ciddi şekilde tehdit etmekte, bazen varlıklarının sonlanması neticesini doğurmaktadır. Sokak köpekleri saldırmaları bile bazı hallerde saldırıda bulunacakları izlenimi yaratan davranışlarıyla insanları korkutmakta, insanlar duydukları korkuyla kaçarken dikkat edemeden işlemekte olan taşıt trafiğinin içine atılmakta, bunun neticesinde hem can kayıplı hem maddi hasarlı trafik kazaları olmaktadır. Ayrıca bu hayvanlar bazen seyir halindeki taşıtların önüne atılmakta, buna bağlı olarak gerçekleşen trafik kazalarında hem kendileri hem insanlar yaşamlarını yitirmekte veya yaralanmakta, taşıtlarda maddi hasarlar oluşmaktadır. Sokak köpeklerinden bazıları özellikle akşam geç saatlerde yüksek ses çıkarmakta, insanlar dinlenme saatlerinde bu sestən rahatsız olmaktadır³.

Sokak köpeklerinin insanlara zarar vermelerinin elbette ki sebepleri vardır. Sayıları fazla ve hızla artmakta olan bu canlılar⁴

var olan yakın ilişkinin onların aile bireyi olarak görülmesiyle daha da ileri boyutlara ulaştığı belirtilmektedir.

³ Bu kısım ilgilili olarak ayrıca bkz. Aydoğdu, Murat/Meral, Ö. Oğuzhan: Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, s. 2137; Ayrıca bkz. Kandır, Emine Hesna: Sokakların Yuvasız Sakinleri, Ayrıntı Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 21, Yıl: 2014, s. 11; Akıllı, Hüsnüye: Belediyelerin Sokak Hayvanlarına Yönelik Görev ve Sorumluluklarının Değerlendirilmesi, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, Temmuz 2018, s. 99.

⁴ Kırışik, Fatih/Öztürk, Kübra: Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2021, s. 362.

çevremizden rahatlıkla gözlemleyebildiğimiz üzere yeterli şekilde beslenme, barınma, sağlık içerisinde bulunma, uygun ortamda üreme ve yavrularını büyütme imkanlarından ve sevgiden yoksundurlar⁵. Her ne kadar insanlar artık hayvanlara kötü muamelede bulunulmaması gereği konusunda bilinçlenmeye başlasalar da sokak köpekleri halen insanların kötü muameleleriyle, saldırılarıyla karşı karşıya kalmakta⁶, dolayısıyla bu hayvanların gözünde korkulması gereken tehlikeli bir varlık olarak görülmektedir⁷. Ayrıca sokak köpekleri yaşam ortamlarını sahiplenerek kendi bölgelerine⁸ başka canlıların girmesine engel olmak için saldırganlaşabilmekte, gerek insanlar gerekse de kendi türleri de dahil diğer canlılar köpeklerin saldırılarına maruz kalabilmektedir⁹. Bu olumsuzlukların ortaya çıkmasında insanların bu canlıların ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmaksızın yaşam alanları kurması etkili olmaktadır¹⁰. Yeni yaşam alanları oluşturulurken veya yaşam alanlarına ilişkin değişiklikler yapılırken sokakta yaşayan hayvanlar için de bu hayvanların ihtiyaçlarına uygun yer ayrılması hayvanların daha çok kendileri için

⁵ Ayrıca bkz. Akıllı, s. 100; Kırışık/Öztürk, s. 382.

⁶ İnsanların hayvanlara eziyet etmesinin nedenleri ve bu sorunla ilgili çözüm önerileri için bkz. Karakaya, Ayşe/Çakmakkaya, Baki Yiğit/Yılmaz, Yasemin: Hayvanlara Yönelik Şiddet Konusunda Bir Değerlendirme, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2020:06, 184-185. Sokak hayvanları konusunda eğitim için ayrıca bkz. Kandır, s. 13.

⁷ İnsanlar tarafından sürekli saldırıya uğrayan sokak hayvanlarının da insanlara karşı savunma mekanizması geliştirdiği ve bu durumun karşılıklı görülen zararları ortaya çıkardığı ifade edilmektedir (Demirci, Kıvanç: Hayvan Hakları Kapsamında Kentsel Alanlarda Sokak Köpekleri Olgusu İzmir – Nevşehir İlleri Örnekleri (Danışman: Prof. Dr. Zerrin Toprak Karaman), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017, s. 72).

⁸ Hayvanların, kendilerine özgü barınma yerleri bulunmakta olup, hayvanlar kendi aralarında bu yerleri bölüşmüşlerdir (Ürgüplü, Gülçin: Derin Ekoloji Bağlamında Kentte Sokak Hayvanlarıyla Birlikte Yaşamak Olgusunun İncelenmesi (Tez Danışmanı: Prof. Dr. Orhan Hacıhasanoğlu), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2013, s. 36).

⁹ Aynı yönde ifadeler için bkz. Aydoğdu/Meral, s. 2132.

¹⁰ Nitekim şehirler sadece insanların yaşam alanı olmayıp, buralar insanlar gelmeden önce başka canlılara aitken bu yerlere gelen ve teknoloji sayesinde güçlenen insanoğlunun diğer canlılarla aynı mekanları paylaşma konusunda saygılı olması, doğa ile birlikte yaşamayı öğrenmesi gerekmektedir (Ürgüplü, s. 37).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

ayrılan alanda kalmalarını ve insanlarla sıkça karşı karşıya gelmemelerini sağlayabilecektir.

Mahalli idarelerin gerek insanların gerekse de sokak köpeklerinin yaşamlarını olumsuz şekilde etkileyen halleri ortadan kaldırma yönünde yükümlülükleri bulunmaktadır. Mahalli idarelerin kendi özel kanunlarında sokak köpekleri için harekete geçmelerini sağlayacak görev ve yetkileri düzenlenmiş olmakla beraber, bu idarelerin sokak köpekleri ile ilgili yükümlülüklerini doğrudan düzenleyen, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğidir. Mahalli idarelerin yükümlülüklerine ilişkin açıklama ve değerlendirmemiz temelde bu iki düzenleme üzerinden gerçekleştirilecektir. Bu düzenlemelerin yanı sıra 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu ile bu Kanunun uygulanması kapsamında çıkarılan Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik ve Kuduz Hastalığından Korunma ve Kuduz Hastalığı ile Mücadele Yönetmeliği hükümleri de sokak köpekleriyle ilgisi olduğu ölçüde inceleme konusu edilecektir.

II. SOKAK KÖPEĞİNİN TANIMLANMASI

Çalışmamız mahalli idarelerin sokak köpeklerine ilişkin yükümlülükleri ile ilgili olduğundan öncelikle sokak köpeğinden hangi canlının anlaşıldığını bilmek gerekmektedir. Sokak köpeği, bir köpeğin sokakta yaşayan köpek olduğunu belirtmek üzere gündelik dilde kullanılan bir tanımadır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununda sokak köpekleri için bir tanıma yer verilmemiştir. Sokak köpekleri sahipsiz köpekler olduğundan Kanunda sahipsiz köpekler için bir tanım aranmış, fakat sahipsiz köpekler için yapılan bir tanıma da rastlanılmamıştır. Bununla birlikte sahipsiz her türlü hayvanı, dolayısıyla köpekleri de kapsayacak şekilde sahipsiz hayvanların tanımına Kanunda yer verilmiştir. 5199 sayılı Kanuna göre sahipsiz hayvan, “*barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucusunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanları*” ifade eder (m.3/1-f)¹¹. Bu tanımdan yola çıkarak sokak köpeklerini kendimizce şu

¹¹ Aynı yönde yapılan tanım için bkz. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.4/1-z-ff.

şekilde tanımlayabiliriz: Sokak köpekleri, barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan köpeklerdir. Sokak köpekleri sokak hayvanı olmaları itibariyle sokakta yaşayan, sokakta doğmuş veya evden atılmış, yani sonradan sokağa bırakılmış olan başıboş hayvanlardır¹².

Sokak köpekleri sahihsiz hayvanlar için yapılan tanıma uyan ve Kanunda sayılan niteliklere sahip olan canlılardır. Çevremizde gördüğümüz sokak köpeklerinin birçoğunun barınacak yeri yoktur. Bu hayvanlar sokaklarda korumadan mahrum şekilde yaşamaktadır. Bazen sahipli olduklarına ilişkin işaretler taşıyan veya cinsleri itibariyle özellikle evlerde beslenmek üzere alındıkları belli olan, fakat herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü altında olmayan ya da doğrudan denetim altında bulunduranı olmadan dolaşan köpeklere de rastlamak mümkündür¹³. Tüm bu hayvanlar sokak köpekleridir.

5199 sayılı Kanunda bir de güçten düşmüş hayvanlar tanımlanmış, bu hayvanların nitelikleri belirlenmiş ve bu hayvanlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Sokak köpeklerinden güçten düşmüş olanlarına, zor koşullarda yaşıyor olmaları itibariyle sıkça rastlanmaktadır. Fakat bunlar 5199 sayılı Kanuna göre güçten düşmüş hayvanlar değildir. Kanunda (m.3/1-g) güçten düşmüş hayvanlar için yapılan tanımda binek ve yük hayvanlarından “*bulaşıcı ve salgın hayvan hastalıkları haricinde yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fiziki olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmiş binek ve yük hayvanları*” diye söz edilmesi ve tespit edebildiğimiz kadarıyla köpeklerden ülkemizde binek ve yük hayvanı¹⁴ olarak faydalanılmıyor olması sebebiyle bu tanım sokak köpeklerini

¹² Koç/Demir, s. 32; Kandır, s. 9.

¹³ Hayvanlar bir anlık hevesle sahiplenilip, daha sonra kendilerinden vazgeçilerek sokağa bırakılabilmektedir. Bunun yanında tatil beldelerinden dönen insanların birçoğunun evcil hayvanını terk ederek gittiği ve bunun sonucunda sokakta yaşamaya alışkın olmayan birçok sahihsiz hayvanın ortaya çıktığı ifade edilmektedir (Karakaya/Çakmakkaya/Yılmaz, s. 182. Ayrıca bkz. Tamzok/Kük/Çobanoğlu, s. 247-248).

¹⁴ Türkiye’de de bu amaçla kullanılan köpekler var ise elbette ki bunlar da yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fiziki olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmeleri halinde güçten düşmüş hayvan olarak kabul edilecektir.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

karşılamamaktadır. Güçten düşmüş hayvanlardan her halde artık işe koşulamayacak olan at, eşek, katır gibi canlıları anlamak gerekmektedir.

III. MAHALLİ İDARELERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Anayasaya göre “mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen... kamu tüzelkişileridir” (m.127/1). Buna göre Türk idari teşkilatında üç mahalli idare bulunmakta olup, bunlar il özel idaresi, belediye ve köydür. Anayasaya göre “mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir” (m.127/2). Anayasanın bu ilkesine uygun olarak mahalli idarelerin görev ve yetkileri kendi özel kanunlarında ve diğer kanunlarda düzenlenmiştir. İl özel idaresinin kendi özel kanunu 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, belediyenin özel kanunu 5393 sayılı Belediye Kanunu, büyükşehir belediyesinin özel kanunu 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve köyün özel kanunu 442 sayılı Köy Kanunudur.

Mahalli idarelerin kendi özel kanunlarında sahipsiz hayvanlar olan sokak köpeklerine ilişkin yükümlülüklerini ortaya koyan düzenlemeler mevcuttur. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununa göre mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla belediye sınırları dışında çevreye ilişkin hizmetleri yapmakla görevli ve yetkili olan (m.6/1-b) ve kanunlarla verilen görev ve hizmetleri yerine getirebilmek için her türlü faaliyette bulunma yetki ve imtiyazına sahip bulunan (m.7/1-a) il özel idaresi, 5393 sayılı Belediye Kanununa göre mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla çevre ve çevre sağlığı hizmetlerini yapma veya yaptırma görev ve sorumluluğu bulunan (m.14/1-a) ve belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunma yetki ve imtiyazına sahip olan (m.15/1) belediye ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa göre hayvan barınakları yapma ve yaptırma görev, yetki ve sorumluluğu olan (m.7/1-m) büyükşehir belediyesi başta hayvan bakımevi kurmak üzere sahipsiz hayvanlar olan sokak köpekleri için yükümlülüklerinden söz edilebilecek olan idarelerdir. Bir mahalli idare olarak köyden de elbette ki sokak köpeklerini kapsamına alan yükümlülükleri bulunan bir mahalli idare olarak bahsetmek mümkündür. 442 sayılı Köy Kanununa göre köy hayvanlarında bulaşıcı ve salgın hastalıkların görülmesi halinde bu durumun yetkili makama bildirilmesi, hastalığın yayılmaması için gerekli

tedbirlerin alınması, hayvanların yıkılma tehlikesi bulunan yapılardan zarar görmemeleri için bu yapılara müdahale edilmesi gerekmektedir¹⁵. Muhtarın bulaşıcı ve salgın hastalıkları yetkili makama haber verme görevi bulunmaktadır¹⁶.

Mahalli idarelerin bahsi geçen kanunlardan sokak köpekleri ile ilgili görev ve yetkilerinin varlığı belirlenebilmekle birlikte 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununda¹⁷ mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine ilişkin yükümlülükleri doğrudan ve detaylı biçimde düzenlenmektedir. 5199 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ve 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası ayırım yapmaksızın tüm mahalli idarelerin, Ek 1'inci maddesi ise ayrıca belediyelerin yükümlülüklerini içermektedir. 5199 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği¹⁸ de mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleri ile ilgili görev ve yetkilerini düzenlemektedir.

Mahalli idareler 5199 sayılı Kanun gereğince sahipsiz hayvanlar ve bunlar içerisinde sokak köpekleri için her şeyden önce hayvan bakımevi kurmalı ve onları bakımevine götürmeli, bakımevlerinde bu hayvanları korumalı, bakım ve tedavilerini yapmalı, rehabilite etmeli ve kayıt altına almalıdır. Bu işlemlerden sonra ise hayvanları alındıkları ortama bırakmayı öncelikle tercih etmeli¹⁹, alınan ortama bırakma halinde, belediyeler bakımından öngörüldüğü üzere bu hayvanların beslenmelerine yardımcı olmalı, mümkünse bu hayvanları sahiplendirmeli ve zorunlu durumlarda hayvanların hayatlarına son vermelidir.

5199 sayılı Kanunda sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili yükümlülüklerden tüm mahalli idarelere ilişkin olanlar

¹⁵ Bkz. Köy Kanunu, m.13/23, m.13/28.

¹⁶ Köy Kanunu, m.36/3.

¹⁷ R.G. 01.07.2004, S. 25509.

¹⁸ R.G. 12.05.2006, S. 26166.

¹⁹ Sahipsiz hayvanlara 5199 sayılı Kanun gereğince yapılan tüm bu müdahalelerle örtüşen bir yöntem olarak “yakala – kısırlaştır – sal” metodundan bahsedilmekte, bu metoda göre sokak köpeklerinin yakalandığı, kısırlaştırıldığı, daha sonra toplandığı yere bırakıldığı ifade edilmektedir. Bu yöntemin uygulandığı ülke sayısının oldukça az olduğu, sokak köpeği sayısının az olduğu ülkeler için geçerli olduğu belirtilmektedir (Aydoğdu/Meral, s. 2131).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ile 6'nı maddesinin dördüncü fıkrasında, salt belediyelere ilişkin olanlar ise Ek Madde 1'de düzenlendiğinden mahalli idarelerin yükümlülüklerini "tüm mahalli idareler bakımından-belediyeler bakımından" şeklinde ayrı başlıklar altında incelemeyi tercih etmekteyiz. Aslında söz konusu düzenlemeler mahalli idarelere getirdikleri yükümlülükler bakımından farklılık arz etmediğinden Ek Madde 1'in 5199 sayılı Kanuna eklenerek belediyelerin sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili yükümlülüklerinin ayrı bir maddede tekrarına gerek bulunmasa da 5199 sayılı Kanunda tercih edilen ayrıma uygun olarak mahalli idarelerin yükümlülüklerini yukarıda bahsettiğimiz ayrıma göre inceleyeceğiz. Ayrıca 5199 sayılı Kanunla atıfta bulunulan 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanunu ile bu Kanuna dayanılarak düzenlenen Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik ve Kuduz Hastalığından Korunma ve Kuduz Hastalığı ile Mücadele Yönetmeliği hükümlerini sahipsiz hayvanlar olarak sokak köpekleriyle olan ilgisi itibarıyla ele alacağız.

B. 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği Kapsamındaki Yükümlülükler

1. Hayvan Bakımevine Götürmeden Önce ve Hayvan Bakımevindeyken Yapılması Gerekenler

a. Hayvan Bakımevi (Geçici Bakımevi) Kurma

- Hayvan Bakımeviden (Geçici Bakımeviden) Anlaşılması Gereken

Mahalli idarelerin hayvan bakımevi kurma yükümlülüğünden bahsetmeden önce hayvan bakımeviden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak gerekmektedir. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa göre hayvan bakımevi, "*Bakanlıktan izin alınmak suretiyle kurulan ve hayvanların rehabilite edileceği bir tesisi ifade eder*" (m.3/1-k). Bakanlıktan Tarım ve Orman Bakanlığını anlamak gerekmekte olup²⁰,

²⁰ 5199 sayılı Kanuna göre Bakanlık, "*Tarım ve Orman Bakanlığını ifade eder*" (m.3/1-o).

hayvan bakımevi kurmaları gereken mahalli idarelerin ve kendi istekleriyle özel hayvan bakımevi açmak isteyenlerin Bakanlığa başvurması, Bakanlıkça kendilerine hayvan bakımevi açma izni verilmesi gerekmektedir.

5199 sayılı Kanunda hayvan bakımevi olarak ifade edilen yerler 5199 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde “geçici bakımevi” olarak ifade edilmiştir. Yönetmelikte geçici bakımevi, “*hayvanların sahiplendirilinceye veya alındığı ortama geri bırakılıncaya kadar rehabilite edildiği ve bu süre içerisinde geçici olarak kaldığı tesis*” olarak tanımlanmıştır (m.4/1-j). Kanundan farklı olarak Yönetmelikte rehabilite edilmenin alındığı ortama bırakmak veya sahiplendirmek üzere yapılacağı ve hayvanın bu yerde kalmasının geçiciliği de ifade edilmiştir. Her ne kadar 5199 sayılı Kanunda hayvan bakımevi için yapılan tanımda geçicilikten ve alınan ortama bırakmadan söz edilmese de Kanunun farklı maddelerinde hayvan bakımevinde bulundurmanın geçiciliği ve hayvanların gerekli işlemler tamamlandıktan sonra esas itibarıyla alındıkları ortama bırakılacağı görülebilmektedir. Sahiplendirme ise yalnızca Yönetmelikte uygulanabilecek bir faaliyet olarak gösterilmiştir.

- Hayvan Bakımevi (Geçici Bakımevi) Kurmanın Zorunlu Olması

Tüm Mahalli İdareler Bakımından

5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendinde mahalli idarelerin gönüllü kuruluşlarla iş birliği içerisinde sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmakla yükümlü olduğu, ayrıca mahalli idarelerin ilgili karar organının uygun bulması durumunda hayvan hastanesi kuracağı öngörülmüştür (m.4/1-j). 5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi 09.07.2021 tarih ve 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2’nci maddesiyle değiştirilmiştir. Düzenlemede 7332 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce mahalli idarelerin sahipsiz hayvanların korunması için hayvan bakımevleri ve hastaneler kurarak onların bakımlarını ve tedavilerini sağlamalarının esas olduğu öngörülmekteydi. Mahalli idarelerin hayvanlar için hastane kurmasının 7332 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce esas olması mahalli idarelerin kural olarak

hayvan hastanesi²¹ kuracağı anlamına gelmekteydi. Yapılan değişiklikten sonra bunun karar organının uygun görmesine bağlanması hayvan hastanesi kurmanın idarenin takdirine bırakıldığı anlamına gelmektedir. Buna göre, örneğin il özel idaresi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında belediye sınırları dışında çevreye ilişkin hizmetleri ile ilgisi olmak suretiyle ve İl Özel İdaresi Kanununun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre kanunlarla verilen görev ve hizmetleri yerine getirebilmek için her türlü faaliyette bulunabileceği üzere, 5302 sayılı Kanununun 9'uncu maddesi gereğince karar organı olan il genel meclisinin alacağı bir kararla bir hayvan hastanesi kurulabilir. Belediye de belediye sınırları içerisinde 5393 sayılı Belediye Kanununun 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında çevre ve çevre sağlığı hizmetleriyle ilgisi olmak suretiyle, Kanununun 15'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendi gereğince belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunabileceği üzere, 5393 sayılı Kanununun 17'nci maddesi gereğince karar organı olan belediye meclisinin vereceği bir kararla hayvan hastanesi kurulabilir.

5199 sayılı Kanununun 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin mahalli idarelerce kurulan hayvan bakımevlerine²² götürülmesinin zorunlu olduğundan söz edilmesi Kanunda sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için bakımevi kurmanın zorunlu olduğunu gösteren başka bir ifadedir. Düzenlemede mahalli idarelerin hayvan bakımevi kuracağı açıkça öngörülme de sahipsiz hayvanların mahalli idarelerce kurulan veya izin

²¹ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde hayvan hastanesi, “evde ya da sokakta yaşayan hayvanların ayakta veya yatarak teşhis ve tedavilerinin yapıldığı yer” olarak tanımlanmıştır (m.4/1-n).

²² Altıncı maddenin dördüncü fıkrasında hayvanların götürülecekleri, mahalli idarelerce kurulan hayvan bakımevlerinin yanı sıra “izin verilen” hayvan bakımevlerinden de söz edilmektedir. Buna göre 5199 sayılı Kanun (m.3/1-k) gereğince Tarım ve Orman Bakanlığından izin alınması halinde mahalli idareler dışındaki kişilerin de hayvan bakımevi kurmaları mümkündür. 5199 sayılı Kanunda düzenlenen hayvan bakımevlerinin Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde geçici bakımevi olarak ifade edilmesi üzerine mahalli idareler dışında özel hukuk kişilerince kurulabilecek olan özel hayvan bakımevlerini de her halde Yönetmelikte bahsi geçen “geçici özel bakımevleri” olarak anlamak gerekmektedir. Geçici özel bakımevlerinin ve sorumlulukları Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin 8'inci maddesinde düzenlenmektedir.

verilen hayvan bakımevlerini götürülmesinin zorunlu olduğundan söz edilmesi hayvan bakımevi kurmanın zorunluluğunu dolaylı yoldan ortaya koymaktadır.

Belediyeler Bakımından

5199 sayılı Kanunda belediyeler bakımından geçerli bir düzenleme olarak Ek Madde 1'in²³ birinci fıkrasında büyükşehir belediyeleri, il belediyeleri ve nüfusu yirmi beş bini aşan büyükşehir ilçe belediyeleri ile diğer belediyelerin, sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin korunması ve bakımının yapılması ile rehabilitasyonunun sağlanması amacıyla hayvan bakımevleri kuracağı öngörülmüştür.

İl özel idaresi-belediye-köy ayrımı yapmaksızın tüm mahalli idarelere yönelik olan 5199 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ile 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasından farklı olarak Ek Madde 1'in birinci fıkrasıyla belediyelerden nüfusu yirmi beş bin ve altında olan büyükşehir ilçe belediyeleri hayvan bakımevi kurmaktan muaf tutulmuştur. Personel, araç-gereç sayısı ve mali olanakları itibariyle büyükşehir ilçe belediyelerinden daha güçsüz, nüfusu yirmi beş bin ve altında olan birçok belediyenin bulunduğu ülkemizde söz konusu belediyeler için muafiyet tanınmaması, fakat büyükşehir ilçe belediyeleri bakımından böyle bir muafiyetin öngörülmesinin sebebi anlaşılammıştır. Kanaatimizce ayırım yapılmaksızın tüm belediyeler bakımından bu zorunluluk öngörülmeiydi.

Büyükşehir ilçe belediyelerinde hayvan bakımevlerinin kurulması ve faaliyette bulunması bakımından büyükşehir belediyesinin tutumu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununda (m.3, m.27) büyükşehir belediyesinin sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu büyükşehir belediyesinin sağlayacağı öngörülmüştür. Büyükşehir belediyesi hangi ilçedeki hayvan bakımevinin daha yüksek kapasitede faaliyette bulunacağını, sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin bakımı ve korunmasında ilçeler arasında iş birliğinin nasıl sağlanacağını değerlendirmeli ve büyükşehir ilçe belediyelerini yönlendirmelidir.

²³ 09.07.2021 tarih ve 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 13'üncü maddesiyle 5199 sayılı Kanuna Ek Madde 1 eklenmiştir.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

5199 sayılı Kanunla sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma yükümlülüğü getirilen belediyelerden bakımevine sahip olmayanlara bakımevi kurmaları için süre verilmiştir. 5199 sayılı Kanuna göre “büyükşehir belediyeleri, il belediyeleri ve nüfusu yetmiş beş bini aşan belediyeler 31/12/2022, diğer belediyeler ise 31/12/2024 tarihine kadar ek 1 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen hayvan bakımevlerini kurmakla yükümlüdür” (Geçici Madde 4/1). Ayrıca belediyelerin hayvan bakımevi kurmak ve burada faaliyette bulunmak için gerekli harcamaları yapmasını sağlamak amacıyla bir süreliğine bütçe gelirlerinden belli bir oranda kaynak ayırmaları zorunlu hale getirilmiştir. Kanuna göre “belediyeler bu madde yürürlüğe girdikten sonra üç yıl süreyle birinci fıkra gereğince hayvan bakımevleri kurmak ve rehabilitasyon işlemlerini gerçekleştirmek için kesinleşmiş en son bütçe gelirlerinin binde beşi oranında kaynak ayırır. Bu oran büyükşehir belediyelerinde binde üç olarak uygulanır. Bu fıkra uyarınca ayrılan ödenekler başka bir amaç için kullanılamaz” (Geçici Madde 4/2).

b. Hayvan Bakımevine (Geçici Bakımevine) Götürüp Koruma, Bakıma Tabi Tutma, Rehabilitasyon, Kayıt Altına Alma ve Kimliklendirme

- Tüm Mahalli İdareler Bakımından

5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi gereğince mahalli idarelerin kurdukları hayvan bakımevinde sahihsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin bakımlarını ve tedavilerini yapmaları gerekmektedir. Düzenlemede hayvan bakımevinde yapılacak müdahaleler kısa bir şekilde bakım ve tedavi olarak gösterilmiştir. 5199 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında ise hayvan bakımevlerinde sahihsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine yapılacak müdahaleler daha detaylı biçimde gösterilmiştir. 6’ncı maddenin dördüncü fıkrasına göre sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri en hızlı şekilde, mahalli idarelerce kurulan veya faaliyette bulunmalarına izin verilen hayvan bakımevlerine götürülecek²⁴,

²⁴ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğine göre “geçici bakımevlerinin kapasitesi dikkate alınarak, öncelikle bakıma muhtaç olan hayvanların seçilmesi” gerekmektedir (m.24/1-m). Buna göre bakımevinin kapasitesinin yeterli olmaması halinde sahihsiz hayvanlar arasından bir

bu hayvanların öncelikle bakımevlerindeki müşahede²⁵ yerlerinde tutulmaları sağlanacak, hayvanlar müşahede yerlerinde kısırlaştırılacak²⁶, aşılanacak²⁷, rehabilite edilecek ve hayvanların kayıtları alınacaktır. 5199 sayılı Kanuna göre rehabilitasyon “*sahipsiz hayvanların tedavi ve parazit mücadelesinin yapılmasını, aşılmasını, kısırlaştırılmasını ve dijital kimliklendirme yöntemleriyle işaretlenmesi*” demektir (m.3/1-p). Tanımdan anlaşılacağı üzere rehabilitasyon aşılama ve kısırlaştırmayı da içeren bir müdahale olduğundan 6’ncı maddenin dördüncü fıkrasında aşılama ve kısırlaştırmanın yapılacak müdahaleler arasında ayrıca gösterilmesi gereksiz bir tekrardır. Ancak rehabilitasyon için yapılan tanımda dijital kimliklendirme yoluyla işaretlemenin de rehabilitasyon kapsamında sayılması bu hayvanlara ayrıca dijital kimlik verileceği anlamına gelmektedir.

Görüleceği üzere 5199 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrası, bir önceki başlıkta değindiğimiz 5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ile aynı yönde bir düzenlemedir. 6’ncı maddenin dördüncü fıkrasında, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının j bendinde kurulmasının zorunlu olduğu öngörülen hayvan bakımevlerine sahipsiz hayvanların “en hızlı şekilde” götürülmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiş, 4’üncü maddede bahsi geçen “bakım ve tedaviden” müşahede altında tutulan hayvanların kısırlaştırılmasının, aşılmasının, rehabilite edilmesinin, kayıt altına alınmasının ve dijital kimliklendirme yöntemleriyle işaretlenmesinin anlaşıldığı ortaya konulmuştur.

-
- seçim yapılmak zorunda kalındığında muhtaç hayvanlara öncelik verilecektir.
- ²⁵ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde Müşahede “*herhangi bir hastalık veya bulaşıcı hastalık taşımasından şüphelenilen hayvanların gözlem altında tutulması*” olarak ifade edilmiştir (m.4/1-z-cc).
- ²⁶ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde Kısırlaştırma, “*dişilerde yumurtalıkların ve uterusun, erkeklerde testislerin alınması işlemi*” olup (m.4/1-u), 5199 sayılı Kanuna göre “*kontROLSÜZ üremenin önlenmesi için, hayvanlara acı vermeden kısırlaştırma müdahaleleri yapılır*” (m.7/2).
- ²⁷ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğine göre Aşılama, “*vücudun bağışıklık sistemini uyararak hastalıklara karşı özel antikor üretilmesi ve hastalığı yapan etkenle karşılaşıldığında antikorlar sayesinde hastalanmasını önleyen işlemi*” ifade etmektedir (m.4/1-b).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

- Belediyeler Bakımından

Belediyelere yönelik olarak düzenlenen Ek Madde 1'in ikinci fıkrası gereğince görevli belediyeler sahihsiz hayvanları ve dolayısıyla sokak köpeklerini korunmaları, bakıma tabi tutulmaları ve rehabilitasyonlarının sağlanması için hayvan bakımevine götürürler. Hayvan bakımevi kurma zorunluluğu bulunmayan belediyeler ise sorumluluk alanlarındaki bu hayvanları en yakın hayvan bakımevine götürürler. Götürdükleri hayvan bakımevinde rehabilite edilen bu hayvanlar Tarım ve Orman Bakanlığınca oluşturulan veri tabanına kaydedilirler. Sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri rehabilitasyonları tamamlandıktan sonra, ayrıca inceleyeceğimiz üzere esas itibarıyla alındıkları ortama bırakılırlar.

Sahipsiz hayvanlara yönelik olarak tüm mahalli idareler bakımından geçerli olmak üzere çıkarılan m.4/1-j, m.6/4 ve ayrıca belediyelere yönelik olarak düzenlenen Ek Madde 1/1 ve Ek Madde 1/2'ye rağmen 5199 sayılı Kanun Ek Madde 1/3'te belediyelerin sahihsiz hayvanlar içerisinde yer alan sokak köpekleriyle ilgili yükümlülükleri ayrıca düzenlenmiştir. Düzenlenmeye göre *“Rehabilite edilmemiş sahihsiz köpekler, belediyelerce hayvan bakımevinde veya geçici ünitelerde kısırlaştırılarak veri tabanına kaydedilir. Geçici ünitelerde yapılan kısırlaştırmalar sonrasında, köpekler alındıkları ortama bırakılmadan önce sağlıklarına kavuşmaları için gerekli tedbirler alınır. Bakanlık da bu kapsamdaki köpeklerin kısırlaştırılmasına her türlü yardımda bulunur²⁸“* (Ek Madde 1/3). Düzenlemede kısırlaştırma yeri olarak ayrıca geçici ünitelerden²⁹ ve Bakanlığın yardımından söz edilmesi diğer düzenlemelerden farklılık arz eden hallerdir. Bunun dışında Ek Madde 1/3, m.4/1-j, m.6/4 ve Ek Madde 1-2'den farklı bir amaca hizmet etmemektedir. Dolayısıyla tüm bu düzenlemeler göz önünde bulundurularak söyleneceği üzere, sokak köpekleri de diğer tüm sahihsiz hayvanlar gibi belediyelerce hayvan bakımevine götürülecek³⁰ ve

²⁸ Yardımda bulunacak olan Bakanlık, Tarım ve Orman Bakanlığıdır. Yardımlarla ilgili olarak ayrıca bkz. 5199 sayılı Kanun, m.6/5, m.19, Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.51, 52, ve 53.

²⁹ Geçici ünitelerin tanımına ne 5199 sayılı Kanunda ne de Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde rastlanılmıştır.

³⁰ Hayvanlar bakımevine toplama ve taşıma suretiyle götürüleceğine göre toplanmalarında ve taşınmalarında uyulması gereken esaslara bakmak gerekmektedir. 5199 sayılı Kanuna göre *“hayvanları taşıyan ve taşıtanlar onları türüne ve özelliğine uygun ortam ve şartlarda taşımalı, taşıma*

bakımevinde korunacak, bakıma tabi tutulacak, rehabilitasyonları kapsamında tedavi edilecek, parazit mücadelesi gerçekleştirilecek, aşılanacak, kısırlaştırılacak, sağlıklarına kavuşmaları sağlanacak, dijital kimliklendirme yöntemleriyle işaretlenecek ve kayıt altına alınacaktır. Tüm bu süreçte 5199 sayılı Kanun gereğince hayvanlar esas olarak türlerine özgü şartlarda bakılacak, beslenecek, barındırılacak ve taşınacak (m.4/1h), hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranılmayacak, hayvanlar dövülmeyecek, aç ve susuz bırakılmayacak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakılmayacak, bakımları ihmal edilmeyecek, onlara fiziksel ve psikolojik acı çektirilmeyecek (m.14/1-a), işkence yapılmayacak veya acımasız ve zalimce muamelede bulunulmayacaktır (m.14/1-m).

2. Hayvan Bakımevinde (Geçici Bakımevinde) Gerekli Müdahaleler/İşlemler Yapıldıktan Sonra Yapılması Gerekenler

a. Genel Olarak

Hayvan bakımevlerine getirilen hayvanlar bu yerlerde sürekli olarak tutulamazlar. 5199 sayılı Kanunda ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde hayvan bakımevleri sahihsiz hayvanların ve bunun içinde sokak köpeklerinin sürekli olarak kalabilecekleri yerler olarak düzenlenmemiştir. Söz konusu hayvanların bu yerlere getirilme amaçlarına yönelik müdahaleler tamamlandıktan sonra hayvan bakımeviden çıkarılmaları gerekmektedir. Nitekim sahihsiz hayvanların

sırasında beslemeli ve bakımını yapmalıdırlar” (m.4/1-ı). Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde belediyeler bakımından sahihsiz hayvanların hangi esaslara göre toplatılacağı düzenlenmiştir. Örneğin Yönetmeliğe göre “belediyelerde sahihsiz veya güçten düşmüş hayvanların toplatılması için ihtiyacı karşılayacak bir toplama ekibi kurulur” (m.20/1-a). “Eziyet edilmeden toplanılacak veya toplatılacak sahihsiz hayvanlar, nakliye araçlarında kafesler içerisinde geçici bakımevlerine kısırlaştırılıp ve aşılatıldıktan sonra tekrar geri bırakılmaları için nakledilir. Toplanan hayvanların nakil esnasında herhangi bir zarar görmemesi için tüm önlemler alınır” (m.20/1-c). “Sahihsiz hayvanlar öncelikle kafes ve ağ ile yakalanır. Bu metotlarla yakalamanın mümkün olmadığı durumlarda yakalama sopasıyla da yakalama yapılabilir. Uyuşturucu tüfek uygulamaları ile yakalama ancak veteriner hekim kontrolü altında yapılır” (m.20/1-d).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

hayvan bakımevlerinde bulundurulma durumu geçicilik arz ettiğinden, Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde hayvan bakımevleri “geçici bakımevi” olarak ifade edilmiştir (m.4/1-j).

Hayvan bakımevlerinde gerekli muameleler tamamlandıktan sonra mahalli idarelerin sahihsiz hayvanları ve dolayısıyla sokak köpeklerini hangi işlem ya da işlemlere tabi tutabileceği ile ilgili olarak 5199 sayılı Kanuna bakıldığında öldürmenin bu hayvanlar için başvurulabilecek bir yöntem olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kanunda alındığı ortama bırakma ile öldürme dışında sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için uygulanabilecek başka bir yöntem yer verilmemiştir. 5199 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde ise belediyelere getirilen yükümlülükler olarak hayvanların hayvan bakımevindeki geçici yaşamlarından sonra sahiplendirilebilecekleri, kendileri için besleme odakları kurulacağı, beslenmelerine yardımcı olunacağı ve bazı hallerde yaşamlarına son verilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır.

b. Alınan Ortama Bırakma

5199 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında ve Ek Madde 1’de, sahihsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine gerekli müdahaleler yapıldıktan sonra bu hayvanların öncelikle alındıkları ortama bırakmalarının esas olduğu öngörülmüştür. Sahihsiz hayvanları ve dolayısıyla sokak köpeklerini alındığı ortama bırakmak mahalli idarelerin hayvan bakımevlerinde işlemlerini tamamladığı hayvanlar bakımından ilk tercihi olacaktır.

Sahihsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin alındıkları ortam dışında bir ortama bırakılmaları yasaktır. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde belediyelere bu yönde bir yükümlülük getirilmiştir. Buna göre “*hayvanlar, hiçbir suretle ilgili belediye sınırları dışındaki bir ortama, ormanlık alana veya diğer yaban hayatı yaşam alanlarına bırakılmaz*” (m.21/1-d)³¹. Yönetmelikte belediyeler bakımından böyle bir yükümlülüğe yer verilmesi önemlidir. Sahihsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin arz ettikleri tehlike sebebiyle bahsi geçen ortamlara bırakılmaları akla ilk gelecek yöntemlerden birisidir. Fakat bu hayvanların alındıkları ortam dışındaki

³¹ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m.21/1-g.

ortamlara bırakılmaları beslenme ve barınma ihtiyaçlarını karşılayamamalarına, diğer hayvanların saldırılarına maruz kalmalarına veya kendilerinin bırakıldıkları yerlerde bulunan canlılara saldırılarına sebebiyet verebilecektir. Düzenlemeyle sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin oluşturabileceği tehlikeler karşısında insanların bu hayvanların ve diğer canlıların yaşamlarını derinden etkileyecek bir müdahalede bulunabilmesinin önüne geçilmiştir.

c. Sahiplendirme

Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde (m.4/1-j), 5199 sayılı Kanunda sahipsiz hayvanların götürüleceği hayvan bakımevi olarak ifade edilen yerler “geçici bakımevi” olarak ifade edilmiş, geçici bakımevlerinin “*hayvanların sahiplendirilinceye veya alındığı ortama geri bırakıluncaya kadar rehabilite edildiği ve bu süre içerisinde geçici olarak kaldığı tesis*” olduğu belirtilmiştir. Buna göre sahiplendirme, sahipsiz hayvanı ve dolayısıyla sokak köpeğini alındığı ortama bırakmanın bir alternatifidir. Sahiplendirmenin esasları belediyelere yönelik bir madde olan Yönetmeliğin 21’inci maddesinde belirlenmiştir. Yönetmeliğe göre “*sahipsiz hayvanlar kısırlaştırıldıktan ve gerekli tıbbi müdahaleler yapıldıktan sonra sahiplenme talebinde bulunan ve 5199 sayılı Kanun ve bu Yönetmelikte öngörülen şartları taşıyan kişilere³² teslim edilir ve belediyece kayıt altına alınır. Belediyeler sağladıkları bu hizmetten dolayı belli bir ücret talep etmez*” (m.21/1-ç)³³.

Yönetmelikte belediyelerin sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin sahiplendirilmesiyle ilgili alması gereken tedbirler de belirlenmiştir. Örneğin belediyelerin “*geçici bakımevinde bulunan tüm hayvanların sahiplendirilmesi için belediye ilân panoları ile belediyenin internet ortamı ve diğer tüm yayın organlarında duyuru yapılmasıyla*” (m.7/1-c)³⁴, “*geçici bakımevi sorumlusu ya da sorumlu veteriner hekimin de onayı ile sorumlu veteriner hekimce düzenlenen sağlık karnesini*

³² Yeni hayvan sahipleneceklerde aranacak şartlar için bkz. Yönetmelik, m.12.

³³ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m.24/1-y.

³⁴ Ayrıca bkz. Yönetmelik, m.21/c.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi *vererek sahiplendirme yapılmasıyla*” (m.7/1-f)³⁵ ilgili hususlarda gerekli tedbirleri alması gerekmektedir³⁶.

Sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin sahiplendirilmesi alındıkları ortama bırakmanın alternatifi olmakla birlikte bu hayvanların sayıca fazlalığı ve daha çok belirli cinsteki hayvanların sahiplenilmesinin tercih edilmesi göz önünde bulundurulduğunda bunun pek de etkili bir alternatif olmadığı görülmektedir. Ayrıca Yönetmelikte sahiplendirmeye ilişkin esasların yalnızca belediyeler bakımından belirlenmesi önemli bir eksikliklerdir. Sahiplendirmeye ilişkin esasların tüm mahalli idarelere yönelik olarak düzenlenmesi ve mahalli idarelerin sahiplenmeyi özendirici girişimlerini etkin hale getirmesi gerekmektedir.

d. Besleme Odakları Kurma ve Hayvanların Beslenmelerine Yardımcı Olma

Belediyelerin hayvan bakımevinde gerekli müdahaleleri yaptıkları hayvanları sahiplendirmeyi denemeleri fakat bunda başarılı olamamaları halinde bu hayvanları alındıkları ortama bırakmaları ve ayrıca hayvanların beslenmelerine yönelik faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğine göre *“geçici bakımevlerinde on gün süre ile gerekli duyurular yapıldığı halde sahiplendirilemeyen hayvanlar kontrolleri, aşıları ve tıbbi müdahaleler ile kısırlaştırılmaları yapıldıktan ve operasyon yaraları kapandıktan en az yedi gün sonra kayıt altına alınıp, müdahale görmüş olduklarını gösteren işaretleri³⁷ üzerlerinde olacak şekilde veteriner hekimin onayıyla alındıkları ortama geri bırakılır. Bu ortamlarda belediyeler, gönüllü kuruluşlarla işbirliği içerisinde besleme odakları*

³⁵ Yönetmeliğe göre *“geçici bakımevlerinde meydana gelen hastalık ve ölümlerin nedenleri tespit edilene kadar geçici bakımevinde bulunan hayvanların sahiplendirilmesine izin verilmez”* (m.26/2).

³⁶ Belediyelerin sahiplendirmeye ilgili alacağı tedbirler için ayrıca bkz. Yönetmelik, m.7.

³⁷ Yönetmeliğe göre İşaretleme, *“aşılana ve kısırlaştırılan hayvanların tanınmasını sağlamak amacıyla, bu hayvanların yaşamı ve davranışları üzerine olumsuz etkisi olmayan, dayanıklı, kolay fark edilebilen, uygulaması ve montesi kolay, kulak, boyun gibi uzuvlara plaka, tasma, mikroçip veya dövme gibi materyallerin uygulanması işlem”* demektir (m.4/1-r).

kurar ve hayvanların beslenmesine yardımcı olur” (m.21/1-d). Belediyeler besleme odakları kurma ve hayvanların beslenmelerine yardımcı olmada lokanta, işyeri ve fabrika sahiplerinden destek alabilirler. Yönetmeliğe göre belediyeler “sahipsiz hayvanların beslenmesi amacıyla, bölgesinde bulunan lokanta, işyeri ve fabrikaların sahiplerinin uygun görmesi halinde işletmelerinde ve mutfaklarında oluşan hayvan beslemeye elverişli besin maddelerinin toplanmasıyla” ilgili gerekli tedbirlere başvururlar (m.7/1-d).

5199 sayılı Kanun gereğince “*hayvanların korunması ve rahat yaşamalarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır” (m.4/1-g). Söz konusu ilkenin gerçekleştirilmesinde besleme odakları kurulması ve bu hayvanların beslenmelerine yardımcı olunması oldukça önemlidir. Besleme odakları kurma ve hayvanların beslenmelerine yardımcı olma hizmetinin etkin şekilde yerine getirilmesi sahipsiz hayvanların, özellikle sokak köpeklerinin aç kaldıklarında insanlara ve diğer hayvanlara saldırma ihtimalini ortadan kaldıracaktır. Sokak hayvanları olarak, sokak köpekleri için insanlarla birlikte sağlıklı koşullar içerisinde yaşayacakları, kendilerine uygun yaşam alanları oluşturulması mümkün olup³⁸, yaşam alanlarının oluşturulmasında kentin belirli bölgelerinin, bu hayvanların barınma ve beslenme ihtiyaçlarını karşılayacakları yerler olarak belirlenmesi, onların belirlenen bu bölgelerde toplanmalarını sağlayacak³⁹, bu durum hayvanların yaşam koşullarına olumlu etki edecektir. Yakalanıp, kısırlaştırılıp, geri bırakılan köpeklerin erişimleri iyi yönetilmediği için kaynaklara ulaşamamaları kötü yaşam koşullarının devamına neden olacaktır⁴⁰. Hayvanların kaynaklara erişememeleri bırakıldıkları ortamdaki kaynaklanabilmektedir. Köpeklerin açlık, susuzluk, hastalık, soğuk, sıcak, trafik kazaları, köpekler arası saldırılar, diğer hayvanlardan, araçlardan ve insanlardan kaynaklanan tehlikeler gibi çok zor koşullar altında bulunduğu sokağa geri bırakıldığı, bu durumun köpeklerin refahından çok zararına yol açtığı ifade edilmekte ve bu durum eleştirilmektedir⁴¹. O halde belediyelerin sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine hayvan bakımevinde yaptığı müdahalelerden sonra onları alındıkları ortama bırakmalarıyla*

³⁸ Ürgüplü, s. 99.

³⁹ Ürgüplü, s. 107.

⁴⁰ Aydoğdu/Meral, s. 2136.

⁴¹ Kırışik/Öztürk, s. 379.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

yükümlülüklerinin sona ermediği bilinmeli, hayvanların başta beslenmeleri olmak üzere yaşam şartları iyileştirilmelidir.

Yönetmelikte besleme odakları kurma ve hayvanların beslenmesine yardımcı olmanın yalnızca belediyelerin yükümlülüğü olarak öngörülmesi önemli bir eksikliklerdir. Bu düzenlemenin 5199 sayılı Kanun gereğince sahihsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili yükümlülükleri bulunan il özel idareleri ve köyleri de içine alacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Yönetmelikte “*mahalli idarelerin besleme odakları kuracağı ve hayvanların beslenmesine yardımcı olacağı*” öngörülmeliydi. Zira bu hayvanların beslenmelerini sağlama ve bu suretle onları kontrol altında bulundurma gereği yalnızca belediye sınırları içerisinde mevcut bir gereklilik değildir. Belediye sınırları dışında kalan alanlarda da sokak köpekleri beslenememeleri sebebiyle kötü yaşam koşulları içerisinde bulunmakta ve tehlike arz edebilmektedir.

e. Yaşamına Son Verme

5199 sayılı Kanuna göre “*bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*” (m.4/1-a). Kanunda “*sahipli-sahihsiz*” şeklinde ayırım yapılmaksızın bu hakkın tüm hayvanlara ait olduğu öngörülmüştür. 5199 sayılı Kanun gereğince “*sahihsiz hayvanların da sahipli hayvanlar gibi yaşamları desteklenmelidir*” (m.4/1-b). 5199 sayılı Kanuna göre “*sahihsiz ya da güçten düşmüş hayvanların, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı Zabıtası Kanununda öngörülen durumlar dışında öldürülmeleri yasaktır*” (m.6/1). 5199 sayılı Kanun’un burada ifade edilen ilgili maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, sahihsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin de yaşam hakkına sahip olduğu, ancak 3285 (5996) sayılı Kanun’da sayılan sınırlı hallerde yaşamlarına son verilebileceği söylenebilecektir Atıfta bulunulan 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu, 11.06.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 47’nci maddesinin üçüncü fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. 5996 sayılı Kanunda mevzuatta bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan kanunlara yapılan atıfların bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılacağı öngörülmüştür (m.48/3). O halde 5996 sayılı Kanunun hayvanların hangi hallerde yaşamlarına son verilebileceğine ilişkin olan hükümlerini tespit etmek gerekmektedir. Hayvanların yaşamlarına son verilebileceğine ilişkin hükümler 5996 sayılı Kanunun 9’uncu maddesinde yer almakta, maddede hayvanlara ötenazi uygulanacağı haller düzenlenmektedir. Ötenazi, hayvanların özel

olarak eğitilmiş personel tarafından, insancıl yöntemler kullanılarak öldürülmesidir⁴². Ötenaziyle acı, korku ve sıkıntı oluşturmada, insancıl bir şekilde hayvanın hayatı sona erdirilmektedir⁴³.

5996 sayılı Kanuna göre “acı ve ıstırap çektiren veya iyileşme durumu bulunmayan hastalık durumlarında” (m.9/3-a), “akut⁴⁴ bulaşıcı bir hayvan hastalığının önlenmesi ya da eradikasyonu⁴⁵ amacıyla veya insan sağlığı için risk oluşturan durumlarda” (m.9/3-b), “davranışları insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen durumlarda” (m.9/3-c) veteriner hekimce hayvanlara ötenazi yapılmasına karar verilebilir⁴⁶. Ötenazi bizzat veteriner hekimce veya veteriner hekim gözetiminde yapılır (m.9/3).

5199 sayılı Kanunun sahipsiz hayvanların yaşamlarına son verilmesinde 5996 sayılı Kanuna atıfta bulunan 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının yanı sıra 13’üncü maddesinde de sahipli-sahipsiz ayrımı yapılmaksızın hayvanların yaşamlarına son verilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Düzenleme hayvanların yaşamlarına son verilmesine ilişkin olan 5996 sayılı Kanunun 9’uncu maddesiyle uyumluluk göstermektedir. 13’üncü maddede yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanların öldürülemeyeceği⁴⁷, ancak kanuni istisnaların mevcut olduğu, yani kanunda hayvanların öldürülebileceğinin öngörüldüğü, tıbbi ve bilimsel gerekçelerin var olduğu ve insan ve çevre sağlığına yönelik önlenemez tehditlerin bulunduğu acil durumlarda hayvanların böyle bir sınırlama olmaksızın öldürülebileceği öngörülmüş

⁴² Topal, Ayşe: Hayvanlarda Ötenazi, Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 141.

⁴³ Gökmen, Sedat/Pehlivan, Aylin/Aksoy, Abdurrahman: Laboratuvar Hayvanlarında Ötenazi Yöntemleri, Etlik Veteriner Mikrobiyoloji Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 87.

⁴⁴ Akut, ıveğen, yani çabuk ilerleyen anlamına gelmektedir (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>).

⁴⁵ Eradikasyon, yok etme olarak tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>). Eradikasyon, bir enfeksiyon etkeninin dünya genelinde kalıcı olarak sona ermesidir. Eradikasyonla hastalık etkeniyle beraber yeryüzünden tamamen silinmektedir (<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66467/eradikasyon.html>), e.t: 22.02.2022).

⁴⁶ Ayrıca bkz. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.31/2, m.21/1-f.

⁴⁷ Ayrıca bkz. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.32.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

bulunmaktadır⁴⁸. 5996 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde sahihsiz hayvanların yaşamlarının sona erdirilmesine cevaz veren hükümler 5199 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde sayılan yaşama son verme sebeplerinin tamamını kapsamaktadır.

C. 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanunu ve Uygulama Yönetmelikleri Kapsamındaki Yükümlülükler

1. Genel Olarak

5199 sayılı Kanunla yapılan yollama gereğince 5996 sayılı Kanunda öngörülen hallerde sahihsiz hayvanların ve sokak köpeklerinin öldürülebileceğine daha önce değinilmişti. Hayvanların öldürülmelerine ilişkin açıklamaları 5199 sayılı Kanunla 5996 sayılı Kanuna yollamada bulunulması ve 5199 sayılı Kanunda da hayvanların öldürülmesine ilişkin hükümlere yer verilmiş olması itibarıyla bir önceki başlıkta yapmış bulunmaktayız. Bu başlık altında doğrudan 5996 sayılı Kanunda, bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelikte ve Kuduz Hastalığından Korunma ve Kuduz Hastalığı ile Mücadele Yönetmeliğinde sahihsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine de ilişkin olan düzenlemelere değineceğiz.

2. Bulaşıcı Hayvan Hastalıklarına Yönelik İhbarda Bulunma

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanununa göre *“bir yerde bulaşıcı hayvan hastalığı ya da sebebi belli olmayan hayvan ölümlerinden haberdar olan ilgililer, durumu Bakanlığa⁴⁹ ihbar etmekle yükümlüdür”* (m.4/6). İhbarda bulunma gereği, mahalli idarelerin hayvan bakımevi kurmaları üzerine, bu yerlerde hayvanlara müdahalede bulunmaları sırasında ortaya çıkabilecektir. Hayvan bakımevlerindeki sahihsiz hayvanların ve bunlar içerisinde sokak köpeklerinin hastalıklarının bulaşıcı hayvan hastalığı olduğunun anlaşılması veya bakımevlerinde hayvan ölümleri gerçekleşip de bu ölümlerin sebebinin

⁴⁸ Ayrıca bkz. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m.7/1-e, m.21/1-e.

⁴⁹ 5996 sayılı Kanuna göre Bakanlıktan Tarım ve Orman Bakanlığı anlaşılmalıdır (m.3/1-3).

bilinememesi halinde hayvan bakımevini kuran ve burada hayvanlara müdahalede bulunan mahalli idarenin durumu Tarım ve Orman Bakanlığına bildirmesi gerekmektedir. 5996 sayılı Kanuna göre “*il özel idareleri ve belediyeler, hayvan hastalıkları ile mücadele ve kontrollerde Bakanlığa yardımcı olmakla yükümlüdür*” (m.4/8).

İhbar etme yükümlülüğü kapsamında Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde sorumlu veteriner hekimin görev yaptığı geçici bakımevinde (hayvan bakımevinde), 3285 (5996) sayılı Kanuna tâbi ihbarı mecburî hastalık çıktığında durumu resmi makamlara haber vermekle ve ilgililerce alınacak yasal tedbirleri uygulamakla görevli ve sorumlu olduğu öngörülmüştür (m.9/1-b)⁵⁰. 5996 sayılı Kanuna göre “*Bakanlık, hayvan sağlığı ile ilgili, doğrudan veya dolaylı risk bulunduğuna ilişkin bir bildirim aldığı anda gerekli tedbirleri alır veya alınmasını sağlar*” (m.25/2).

Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelikte de bulaşıcı hayvan hastalığı ya da sebebi belli olmayan hayvan ölümlerinin ihbarına yönelik bir hükme yer verilmiştir. Mahalli idareleri ilgilendiren yönü itibariyle Yönetmeliğin 5’inci maddesinde bulaşıcı hayvan hastalığı ya da sebebi belli olmayan hayvan ölümlerinden haberdar olan veteriner hekimlerin, muhtarların ve köy korucularının durumu yetkili otoriteye⁵¹ ihbar etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir⁵². Köyün başında yer alan muhtarın ve köy personeli olan köy korucularının ihbar yükümlülüğünden söz edilmesi sokak köpekleri bakımından sayılan durumların ortaya çıkması halinde köyün ihbarda bulunma yükümlülüğünün doğacağı anlamına gelmektedir.

3. Hastalığın Yayılmasını Engellemeye Yönelik Tedbirler Alma

Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde sokak köpekleri bakımından da söz konusu olacağı üzere mahalli idarelere hastalığın yayılmasını engellemeye yönelik tedbirler alma yükümlülüğü getirilmiştir. Örneğin Yönetmeliğe göre “*bir yerde bulaşıcı hayvan*

⁵⁰ Ayrıca bkz. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.24/1-v, m.26/1.

⁵¹ Yetkili otorite Yönetmeliğin 4’üncü maddesi gereğince il/ilçe müdürlüklerini, yani il/ilçe tarım ve orman müdürlüklerini ifade etmektedir.

⁵² Detaylar için bkz. Yönetmelik, m.5 ve m.6.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

hastalığının çıktığı ihbar edildiğinde, resmi veteriner hekim hastalık çıkan yere gelinceye kadar o yerdeki idari makamlar, belediye yahut köy ihtiyar heyeti ölen hayvanları resmi veteriner hekimin muayenesi için muhafaza altına alır. Hasta hayvanları ayrı bir yerde, sağlam hayvanları başka bir yerde bulundurur. Hasta hayvanların bulunduğu yere giriş ve çıkışları önler. Hastaların temas ettiği ve hastalara ait her çeşit eşya, hayvan yemi ve hayvan maddelerinin dışarıya çıkarılmasını yasaklar. Hasta hayvanların bakımı için bir kişi görevlendirilir. Görevli kişinin dışında tecrit mahalline hiç kimsenin girmesine izin verilmez” (m.8). Başka bir tedbir olarak Yönetmeliğe göre “köy ihtiyar heyeti veya belediyeler hasta ve hastalıktan şüpheli sahipsiz hayvanların diğer hayvanlarla temas etmemesi için ahır, ağıl gibi kapalı veya etrafi çeşitli şekilde ihata edilmiş açık tecrit yeri temin etmekle yükümlüdür. Buraya konulan sahipsiz hayvanlar hakkında resmi veteriner hekim tarafından karar verilinceye kadar, iase masrafları köy ihtiyar heyeti veya belediyeler tarafından temin edilir” (m.15/2)⁵³.

4. Kuduzla Mücadele Kapsamında Gerekli Faaliyetlerde Bulunma

Kuduz Hastalığından Korunma ve Kuduz Hastalığı ile Mücadele Yönetmeliğinde sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine de ilişkin olan düzenlemeler bulunmaktadır. Yapılan düzenlemeler zaten büyük ölçüde 5199 sayılı Kanun ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile yapılan düzenlemelerle örtüşmekte olup, kuduz vakaları ile ilgili olarak 5199 sayılı Kanunla örtüştüğü ölçüde bunlarla birlikte uygulanma kabiliyetine sahiptir. Yönetmeliğe göre “belediyeler sorumluluk alanındaki sahipsiz köpek ve kedilerin sayısı ile bunlara ait bilgileri belediye kayıtları ve Bakanlık⁵⁴ veri tabanında güncel bir halde tutmak zorundadır. Sahipsiz köpek ve kediler belediyelerce uygun bir yöntem ile bireysel veya sürü bazında işaretlenir, belediye veteriner hekimleri tarafından belediye sahipsiz hayvan kayıt defterine işlenir, sayıları ve aşulamaları hakkında bilgiler belediye veteriner hekimleri tarafından Bakanlık veri tabanına işlenir, gerektiğinde güncellenir” (m.8/2).

⁵³ Mahalli idarelerin yükümlülükleri ile ilgili olarak ayrıca bkz. Yönetmelik, m.9, m.10, m.11, m.21, m.22, m.27.

⁵⁴ Yönetmelik gereğince Bakanlıktan Tarım ve Orman Bakanlığını anlamak gerekmektedir (m.4/1-a).

Yönetmelikte kuduz hastalığına karşı mücadelede hayvanları aşılama periyotları belirlenmiştir. Buna göre “*sahipli ya da sahipsiz tüm kedi ve köpeklerin yılda bir defa hastalığa karşı aşılınması ile aşı kayıtlarının tutulması zorunludur*” (m.9/1).

Hastalığın çıktığı veya hastalık şüphesinin görüldüğü yerlerde hayvanların aşılınması gerekmektedir. Yönetmeliğe göre “*Hastalık şüphesi ya da hastalık teyidi durumlarında, kuduz şüpheli bölge veya kuduz risk alanında bulunan hastalık şüphesi taşımayan kedi ve köpekler hastalığa karşı aşılanır*” (m.9/5)⁵⁵.

IV. 5199 SAYILI HAYVANLARI KORUMA KANUNUNUN VE HAYVANLARIN KORUNMASINA DAİR UYGULAMA YÖNETMELİĞİNİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ KARŞISINDA MAHALLİ İDARELER ARASINDAN YÜKÜMLÜ İDARENİN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendinde ve 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında belediye, il özel idaresi ve köy ayrımı yapılmaksızın tüm mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara yönelik müdahalelerde bulunma yükümlülükleri, Ek Madde 1’de ise yalnızca belediyelerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. 5199 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, tüm mahalli idarelerle ilgili hükümleri de ihtiva etse de esas itibariyle belediyelere ilişkin yükümlülükler içeren bir düzenleme olarak yürürlüğe konulmuştur.

5199 sayılı Kanunda belediyelerden farklı olarak ayrı bir maddede il özel idareleri ve köylerin görev ve yetkilerini sayılmaması ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin esas itibariyle belediyelerin görev ve yetkilerini düzenlemeye yönelik olması il özel idareleri ve köylerin 5199 sayılı Kanun gereğince sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu

⁵⁵ Yönetmelik kapsamında yapılması gerekenlerle ilgili olarak ayrıca bkz. Yönetmelik, m.8, m.9, m.10, m.11, m.12, m.13.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

hayvanlara yönelik müdahalelerde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. 5199 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ve 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası bütün mahalli idareleri sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili olarak açıkça görevlendirmiştir. Buna göre her mahalli idare görevli olduğu coğrafi sınırlar içerisinde bu hayvanlarla ilgili yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununa göre il özel idaresinin görev alanını “il sınırları” oluşturmaktadır (m.5). Ancak il sınırları içerisinde belediyeler ve köyler de bulunmaktadır. Dolayısıyla aynı coğrafi alanda görevli ve yetkili, farklı mahalli idareler söz konusu olmaktadır. İl özel idaresi bulunan yerlerde aynı coğrafi alanda görevli olma durumu il özel idaresi ile belediye ve il özel idaresi ile köy arasında ortaya çıkmaktadır. 5393 sayılı Kanun (m.14/6) gereğince görev, sorumluluk ve yetki alanı il sınırlarını değil, belediye sınırlarını kapsayan belediyeler ile köylerin aynı coğrafi alanda kurulu bulunmaları mümkün olmadığından belediyeler ile köyler arasında aynı coğrafi alanda görevli ve yetkili olma durumunun ortaya çıkması mümkündür.

5216 sayılı Kanuna göre “büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırlarıdır. İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülki sınırlarıdır” (m.5). Ancak büyükşehir belediyesi olan illerde il özel idareleri, belde belediyeleri ve köyler kurulu olmadığından⁵⁶, büyükşehir belediyeleri ile il özel idarelerinin, büyükşehir belediyeleri ile köylerin, büyükşehir belediyeleri ile belde belediyelerinin, büyükşehir ilçe belediyeleri ile il özel idarelerinin, büyükşehir ilçe belediyeleri ile köylerin, büyükşehir ilçe belediyeleri ile belde belediyelerinin, il özel idareleri ile köylerin ve il özel idareleri ile belde belediyelerinin aynı coğrafi alanda aynı görev ve yetkilere sahip olmaları mümkün değildir. Bununla birlikte büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir ilçe belediyeleri aynı coğrafi alanda kurulu bulunmaktadır.

İl özel idareleri ile köylerin, il özel idareleri ile belediyelerin ve büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyelerinin arasında aynı coğrafi alanda kurulu olmaları itibarıyla ortaya çıkan ilişkide hangi mahalli idarenin

⁵⁶ Bkz. 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.1. Türkiye Mülki İdare Bölümleri Envanteri için bkz. <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx> , e.t: 30.01.2022.

5199 sayılı Kanun gereğince sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve onlara çeşitli müdahalelerde bulunma yükümlülüğünü yerine getirme görevinin öncelik arz ettiğini tespit etmek gerekmektedir.

B. Belediye ile İl Özel İdaresi Arasından Yükümlü İdarenin Belirlenmesi

Nüfusun belediye sınırları içerisinde yoğunluk kazanması, buna bağlı olarak sokak köpeklerinin sayılarının ve saldırılarının belediye sınırları içerisinde gerçekleştiği hallerin fazla olması mevzuatta belediyelerin bu hayvanlarla ilgili esas sorumlu idareler olarak görülmesine sebebiyet vermiş olsa da sokak köpeklerinin belediye sınırları dışında kalan, il özel idaresi ve köy sınırları içerisinde yer alan alanlarda da insanlarla karşı karşıya gelmeleri ve tehlike arz etmeleri mümkündür⁵⁷. Böyle bir ihtimal karşısında sahihsiz hayvanlarla ilgili olarak 5199 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ve 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası gereğince il özel idarelerinin belediye sınırları dışında kalan yerlerde sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmaları ve bu hayvanlara yönelik yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir.

Belediyeler ile il özel idarelerinin sınırlarının kesişmediği yerlerde yükümlü idareyi tespit etmek kolaydır. Bunların sınırlarının kesişmediği alanda yalnızca il özel idareleri veya belediyeler görevli ve yetkilidir. Peki il sınırları içerisinde görevli ve yetkili olan il özel idaresinin 5199 sayılı Kanunun sahihsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ilin bir parçası olan belediye sınırları içerisinde de görevli ve yetkili olduğu durumlar söz konusu olabilecek midir? Bunun tespiti için, konu bakımından ayırım yapmak suretiyle il özel idaresinin il sınırları içerisindeki (hem belediye sınırları içerisindeki hem de belediye sınırları dışındaki) ve belediye sınırları dışındaki (yalnızca belediye sınırları dışındaki) görev ve yetkilerini belirleyen 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6'ncı maddesine bakmak gerekmektedir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununa göre mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla il özel

⁵⁷ Nitekim bir çalışmada sokak hayvanlarından *kentsel veya kırsal alanlarda* yoğun olarak bulunan kedi, köpek, kuş türleri olarak bahsedilmektedir (Demirci, s. 25).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

idaresi “gençlik ve spor Sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm, sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde” yapmada görev ve yetki sahibidir (m.6/1-a). Aynı Kanuna göre yine mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla il özel idaresi “imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında” yapma görev ve yetkisine sahiptir” (m.6/1-b).

5302 sayılı Kanunun 6’ncı maddenin birinci fıkrasının a bendinden anlaşılacağı üzere sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara ilişkin yükümlülükleri yerine getirme il özel idaresinin il sınırları içerisinde (hem belediye sınırları içerisinde hem de belediye sınırları dışında) yapmakla görevli ve yetkili olduğu faaliyetler arasında yer almamaktadır. 6’ncı maddenin birinci fıkrasının b bendine göre il özel idaresinin belediye sınırları dışında görev ve yetkisi dahilinde bulunan çevreye ilişkin hizmetler ise sahihsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara ilişkin yükümlülüklerde bulunmayı da kapsıyor görünmektedir.

İl özel idaresinin sahihsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleri ile ilgili yükümlülüklerinin çevreye ilişkin faaliyetler kapsamında değerlendirilmesinde çevreden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak gerekmektedir. Bunun için 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda çevre için yapılan tanıma⁵⁸ bakılabilir. 2872 sayılı Kanunda “çevre

⁵⁸ 2872 sayılı Kanunda bu şekilde tanımlanmakla beraber çevre üzerinde herkesin üzerinde anlaşmaya vardığı bir tanımın yokluğundan söz edilmektedir (Yılmaz Turgut, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 59; Güneş, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 20). Çevreyi birçok unsuru dahil etmek suretiyle tanımlamanın mümkün olmasından dolayı belirtilmiş olsa gerek çevrenin geniş bir anlama sahip olduğu tespiti yapılmaktadır (Yılmaz Turgut, s. 66). Anlamının üzerinde herkesin uzlaşamamasında çevre kavramının soyutluğunun da etkili olduğu ifade edilmektedir (Güneş, s. 20). Dar anlamda çevre-geniş anlamda çevre ayırımından yola çıkarak Güneş’in yaptığı tanım makul düzeyde kapsayıcı

canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak söylenebileceği üzere, ortak olarak kullandıkları ortamda yaşamları boyunca sık sık ilişki içerisinde olan ve etkileşim içerisinde bulunan insanlar ile sahihsiz hayvanların bu durumunu ilgilendiren her türlü faaliyet çevreye ilişkin faaliyetlerdir. Sahipsiz hayvanların oluşturduğu tehlikeler ve yapmış oldukları saldırılar bu iki canlı arasındaki ilişkide sahihsiz hayvanların insanların yaşamlarını etkileyen olumsuz faaliyetlerdir. Sahipsiz hayvanlar için hayvan bakımevi kurulması ve bu hayvanların buldukları ortamdan alınarak hayvan bakımevlerine götürülmesi, buralarda kendilerine çeşitli müdahalelerde bulunulması ve bu müdahalelerden sonra öncelikle alındıkları ortama bırakılmaları, sahiplendirilmeleri veya öldürülmeleri ise insanlar ile sahihsiz hayvanlar arasındaki ilişkide insanların hayvanların yaşamlarını etkileyen faaliyetleridir. O halde bu iki canlıya ilişkin olarak il özel idaresinin sahihsiz hayvanlara yönelik 5199 sayılı Kanun kapsamındaki sorumlulukları çevreye ilişkin hizmetlerin yerine getirilmesi kapsamında yer almaktadır⁵⁹. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının b bendinde il özel idaresinin çevreye ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında yapmakla görevli ve yetkili olduğu öngörüldüğünden il özel idareleri 5199 sayılı Kanun kapsamında sahihsiz

olması itibarıyla dikkat çekicidir. Buna göre çevre, canlı varlıklar ve insan etkinlikleri üzerinde doğrudan veya dolaylı etkiler yapabilecek fiziksel, kimyasal, biyolojik ve toplumsal etmenlerin tümü olarak tanımlanabilir (Güneş, s. 21). Çevrenin canlı varlıklar ve insan etkinlikleri üzerinde etkiler doğurabilecek olması itibarıyla söylenebileceği üzere çevrenin her türlü canlıyla doğrudan bağlantısı olup, biyosferde canlı varlıkların bir arada ve cansız varlıklarla beraber yaşadığı ortam çevreyi oluşturmaktadır (Memiş, Emin: Çevre ve Çevre İdare Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 12).

⁵⁹ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin 1’inci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde sahihsiz hayvanların çevreye verebilecekleri olumsuz etkileri gidermeye yönelik alınacak tedbirleri belirlemenin Yönetmeliğin amaçları arasında gösterilmesi sahihsiz hayvanlarla ilgili faaliyetlerin çevreye ilişkin olduğunu ortaya koymada ayrıca dikkate alınmalıdır. Sahipsiz hayvanların çevreye etkisi ile ilgili olarak ayrıca bkz. 5199 sayılı Kanun, m.6/3, 13/1. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.1/1-ç, m.7/1-e, m.7/1-g, m.8/1-c, m.21/1-e, m.22, m.31.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine ilişkin görev ve yetkilerini yalnızca belediye sınırları dışında kullanabilir fakat; belediye sınırları içerisinde kullanamaz. Belediye sınırları içerisinde 5199 sayılı Kanunun öngördüğü görev ve yetkiler yalnızca belediyelere aittir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu gereğince sahipsiz hayvanlara yönelik hizmetlerin yerine getirilmesinde iki idare arasında bütünlük ve uyumun sağlanmasına yönelik koordinasyon ilin valisi tarafından sağlanır (m.6/7).

C. Köy ile İl Özel İdaresi Arasından Yükümlü İdarenin Belirlenmesi

İl özel idaresi il sınırları içerisinde görevli ve yetkilidir. İl özel idarelerinin görevli ve yetkili olduğu coğrafi alanda belediyeler gibi köyler de kurulu bulunmaktadır. Bu durum aynı coğrafi alanda bu iki mahalli idareden “öncelikle hangisinin” sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmakla ve bu hayvanlara ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle görevli ve yetkili olduğunun belirlenmesini gerektirmektedir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda veya 442 sayılı Köy Kanununda köy ile il özel idaresi arasındaki ilişkide il özel idaresinin hangi konularda il düzeyinde (hem köy sınırları içinde hem de köy sınırları dışında) hangi konularda köy sınırları dışında (yalnızca köy sınırları dışında) görevli ve yetkili olduğunu ortaya koyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Peki iki mahalli idare için ortak coğrafi alanda öncelikle hangi mahalli idarenin görevli ve yetkili olduğu nasıl belirlenecektir? Bunu belirlemede “sübzidiyarite”⁶⁰ adlı ilkeye

⁶⁰ Sübzidiyarite kavramı yerine “hizmette halka yakınlık”, “yerellik” kavramları da kullanılmakta (Keleş, Ruşen: Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler: Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: Ocak 1995, s. 3), yine sübzidiyarite Türkçeye “yetki ikamesi”, “yerindenlik”, “ikincillik”, “hizmette yerellik” olarak da çevrilmektedir (Bezci/Coşkun, s. 6). Avrupa Birliği Başkanlığı tarafından hazırlanan Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğünde “subsidiarity”; sübzidiyarite, “katmanlı yetki” olarak; “principle of subsidiarity” ise “sübzidiyarite ilkesi”, “katmanlı yetki ilkesi” olarak tanımlanmaktadır (https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf , e.t: 07.01.2022). Sübzidiyaritenin kelime anlamıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Şahin, Ümit: Halka En Yakın Hizmetlerin Etkin Sunulması Kapsamında Subsidiarity (Yerellik) İlkesi ve Türk Kamu Yönetimi Üzerine Bir Değerlendirme, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, S: 3, Yıl: 2018, s. 20.

başvurulması yerinde görünmektedir. Sübzidiyarite ilkesine aynı coğrafi alanlarda idareler arası kademelendirmede hem alt düzeyde bulunan idarelerin hem de üst düzeyde bulunan idarelerin görevli ve yetkili olduğu hallerde başvurulmakta, bu ilkeyle ortak alanda önceliğin ilke olarak alt düzeyde bulunan idarelere ait olduğu savunulmaktadır⁶¹. İdareler arasında en alt düzeyde olan idareden, halka en yakın ve en küçük olan idarenin anlaşılması gerekmektedir.

Sübzidiyarite ilkesine göre en alt düzeyde yer alan ve halka en yakın olan idari birimin kamu hizmetini hiç veya etkin⁶² şekilde sunamaması halinde hizmetin yerine getirilmesine ilişkin görev ve yetki bu idari birimin bir üstünde yer alan idari birime aktarılmakta, bir üstteki idari birimin de hizmeti gereğine uygun şekilde sunamaması halinde onun bir üstünde yer alan idari birime aktarım gerçekleşmekte, sonuç olarak kamu hizmetini görev ve yetkinin en son aktarıldığı idarenin yerine getirmesi gerekmektedir⁶³.

Sübzidiyarite ilkesi Anayasada yer alan bir ilke değildir; fakat bu ilke Türkiye tarafından onaylanan ve iç hukukun parçası haline gelen⁶⁴

⁶¹ Ulusoy, Ahmet/Akdemir, Tekin: Mahalli İdareler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014, s. 40.

⁶² Üst düzeyde yer alan birimlerin alt düzeyde yer alan birimlere “etkili olup olmama” değil, “yeterli olup olmama” durumuna göre müdahale etmesi gerektiği ifade edilmektedir (Ertin, Mustafa Gökhan: Avrupa ve Türkiye’de Yerel Özerklik ve Subsidiyarite İlkesi (Danışman: Demirhan Burak Çelik), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2015, s. 54)

⁶³ Kırışik, Fatih: Kamu Yönetiminin Yeniden Örgütlenmesi ve Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yerellik İlkesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Metinleri, No: 05, Yıl: 2013, s. 3; Yıldırım, Arzu: Yerellik İlkesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Yıl: Eylül 2014, s. 133. Gözler mahalli idareler arasında bu sıralamayı göstermek adına “sübzidiyarite piramidi” çizmiş olup, bu piramidin en altında belediyeleri ve köyleri, bunların üstünde il özel idarelerini, il özel idarelerinin üstünde de devleti, yani merkezi idareyi göstermiştir (Bkz. Gözler, Kemal: Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018, s. 146).

⁶⁴ Anayasaya göre “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” (m.90/5).

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartında temelini bulmuş bir ilkedir⁶⁵. Şartta (m.4/3) ilkeden açıkça söz edilmemekle birlikte ilkenin içeriği ortaya konularak kamu sorumluluklarının genellikle ve tercihen vatandaşa en yakın olan makamlar tarafından kullanılacağı, sorumluluğun bir başka makama verilmesinde, görevin kapsam ve niteliği ile yetkinlik ve ekonomi gereklerinin göz önünde bulundurulacağı öngörülmüştür⁶⁶.

Doktrinde Kırışık ve Gözler tarafından da ifade edildiği üzere sübzidiyarite ilkesinin mahalli idareler arasındaki ilişkiler bakımından da uygulanması mümkündür⁶⁷. Buna göre iki mahalli idarenin aynı coğrafi alanda görevli ve yetkili olması halinde bu alanda kamu hizmeti öncelikle alt düzeyde bulunan, yani hizmetin sunulacağı halka daha yakın ve coğrafi sınırları itibarıyla daha küçük olan mahalli idare⁶⁸ tarafından yerine getirilmelidir. Küçük mahalli idarenin gücünün yetmediği veya

⁶⁵ Ayrıca bkz. Gözler, s. 147; Bezci, Bünyamin/Coşkun, Bayram: Avrupa Birliği ve Sübzidiyarite İlkesi: İlkenin AB’de Uygulanması ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 16, S: 3, Yıl: Temmuz 2007, s. 23.

⁶⁶ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, R.G, 03.10.1992, S. 21364.

⁶⁷ Kırışık’a göre “yerel yönetimlerin birbirleri arasında da halka daha yakın olan yerel yönetimlere öncelik verilmesi yerellik ilkesinin bir gereğidir. Bu durum yerel yönetimler arasında da yerel düzeyde merkezileşmeyi engelleyici bir rol oynamaktadır” (Kırışık, s. 4). Gözler’e göre “sübzidiyarite ilkesine göre yetki uyumsuzluğuna yol açan mahalli müşterek ihtiyaç, öncelikle coğrafi alan olarak küçük olan mahalli idare tarafından karşılanmalıdır. Zira bu ihtiyaç öncelikle o mahalli idarenin toprağı üzerinde ortaya çıkmıştır... Bu ihtiyacı bu küçük mahalli idare daha çabuk, daha kolay, daha ucuz ve daha doğrudan doğruya bir şekilde karşılayabilir” (Gözler, s. 143) “...Her kademedeki ihtiyacı karşılama yetkisi o kademedeki mahalli idareye aittir. Ama o ihtiyaç o mahalli idare tarafından karşılanamıyorsa, ancak o takdirde bir üst basamakta bulunan mahalli idareye ait olabilir...” (Gözler, s. 144). Doktrinde sübzidiyarite ilkesinin mahalli idareler arasında uygulanabilmesinden yalnızca Kırışık ve Gözler söz etmiştir. Bu iki yazar dışında sübzidiyarite ilkesinin mahalli idareler arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceğini ifade eden bir yazara rastlanılamamıştır. Sübzidiyarite ilkesinin uygulandığı alanlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Keleş, s. 5; Ertin, s. 50; Bezci/Coşkun, s. 5.

⁶⁸ Ayrıca bkz. Gözler, s. 143; Zeyrekli, Sedef/Ekizceleroğlu, Rengül: Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (Subsidiarite) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, Temmuz 2007, s. 46.

yetersiz kaldığı⁶⁹ hizmetler ise büyük mahalli idare tarafından yerine getirilmelidir. Mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması bakımından mahalli idareler arasında kademeler bulunmakta olup, her mahalli idare kendi bulunduğu kademedeki ihtiyacı karşılamaya yetkilidir; ancak bir mahalli idarenin kendi kademesindeki ihtiyacı karşılayamaması halinde⁷⁰ bir üst basamakta olan mahalli idarenin o ihtiyacı karşılaması gerekir⁷¹. Bu bize aslında idareler arasında yardımlaşmayı da gösterir. Sübzidiyarite ilkesi üst düzeyde yer alan idarenin alt düzeyde yer alan idarelere yardım etmesini de kapsamaktadır⁷². İlkenin kurumların birbirlerinin varlığını

⁶⁹ Sübzidiyarite ilkesine göre üst düzeyde yer alan birimlerin alt düzeyde yer alan birimlerin işlerine, alt düzeyde yer alan birimlerin “yetersiz kaldığı durumlarda” müdahil olduğu, hizmette etkililiğin müdahale sebebi olmaması gerektiği, etkililik ilkesine göre üst düzey birimin daha etkili şekilde yerine getirebileceği her işe müdahil olacağı, zira üst düzey birimlerin alt düzey birimlere göre teknik alt yapı ve donanım açısından her zaman daha güçlü bir konuma sahip olduğu ve işleri daha etkili olarak gerçekleştirmelerinin her zaman yüksek ihtimal olduğu, bunun ise merkeziyetçi bir yapının oluşmasına sebep olacağı, sübzidiyarite ilkesinde amaç alt düzey birimlerin olgunlaştırılması ve yeteneklerini ortaya koymasının sağlanması olduğundan işlerde (alt düzeyde yer alan birimlerin işlerinde) mutlak etkililik ve teknik mükemmelliğin aranmaması gerektiği ifade edilmektedir (Ertin, s. 54).

⁷⁰ Keleş, sübzidiyarite ilkesiyle sahip oldukları “yetkiler yeterli olmak şartıyla” her zaman alt basamaklarda yer alan idarelere öncelik tanınması gerektiğini ifade etmektedir (Keleş, s. 6). Kanaatimizce sadece yetkilerin yeterli olması alt basamaklarda yer alan idarelere öncelik tanınması bakımından ölçüt olarak kabul edilemez. Hizmetin sunulacağı yerde halka en yakın olması itibarıyla öncelik tanınacak olan, alt basamakta bulunan idarenin yetkisini kullanabilmesi için yeterli mali kaynaklara, araç gereç ve personele de sahip olması gerekir (Aynı yönde görüş için bkz. Şahin, s. 20).

⁷¹ Gözler, s. 144.

⁷² Keleş, s. 5; Kalabalık, Halil: Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2005, s. 288. Sübzidiyaritenin Latince “subsidiium (yardımlaşma)” kökünden türediği ifade edilmektedir (Bezci/Coşkun, s. 6). Subsidiyarite kavramının yardım veya destek anlamına gelen Latince subsidiium kelimesinden türetildiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Çilingir, Sevgi: AB Hukukunda Subsidiyarite İlkesi ve Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 350.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

tehdit etmeden dayanışma içerisinde işleri yürütmesini ifade ettiği belirtilmektedir⁷³.

Sübzidiyarite ilkesi ile ilgili olarak yaptığımız tüm bu açıklamalardan sonra şunları söylemek gerekmektedir: Sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlarla ilgili olarak 5199 sayılı Kanunda sayılı faaliyetleri gerçekleştirmede köy ile il özel idaresinin ortak görevli ve yetkili olduğu alanda öncelikle köyler yükümlüdür. Zira tüm il sınırları görev ve yetki alanına giren il özel idaresi karşısında coğrafi alan itibarıyla daha küçük olan, alt düzeyde bulunan ve halka daha yakın olan mahalli idare köydür. Köyler sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine ilişkin olarak öncelikle görevli ve yetkili olmakla birlikte mali güçlük içerisinde bulunmaları, araç, gereç ve personel yetersizliği gibi nedenlerle 5199 sayılı Kanun gereğince sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmakta ve bu hayvanlara karşı yükümlülüklerini yeterli şekilde yerine getirmekte zorlanabilirler. İşte bu durumda il özel idareleri devreye girerek köy sınırları içerisinde sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmalı ve bu hayvanlara yönelik olarak 5199 sayılı Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmelidir.

Güçlü mahalli idareler olmamaları sebebiyle, uygulamada pek mümkün görünmemekle birlikte köylerin sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili olarak 5199 sayılı Kanunun öngördüğü yükümlülüklerin gereğini yeterli şekilde yerine getirebilecek duruma gelmesi halinde, il özel idarelerinin bu hayvanlarla ilgili yükümlülüklerinin sona erdiğini kabul etmek yerinde olacaktır. Zira aslolan bu yükümlülükleri kendi görevli ve yetkili olduğu coğrafi alanda köylerin yerine getirmesidir⁷⁴. Köylerin hizmetin sunulmasında yeterli

⁷³ Bezci/Coşkun, s. 6.

⁷⁴ Ertin sübzidiyarite ilkesinin merkezi idare ile mahalli idareler arasında uygulanmasına ilişkin olarak merkezi idarenin sadece mahalli idarenin bir hizmeti görmekte yetersiz olduğu anda müdahil olup hizmeti görmesi gerektiğini, bu müdahalenin amacının merkezi idarenin sürekli olarak bu hizmeti görmesi değil, mahalli idareyi yeniden hizmet göreceği seviyeye getirmek için yardım etmek olduğunu, mahalli idarenin hizmeti görmek bakımından yeterli seviyeye geldiğinde merkezi idarenin çekilerek o hizmeti tekrar mahalli idareye bırakması gerektiğini ifade etmektedir (Ertin, s. 55). Sübzidiyarite ilkesi il özel idareleri ile köyler arasındaki ilişki bakımından da uygulanabilecek olduğundan, il özel idarelerinin köylerin

güce ulaşması halinde bu hayvanlara ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi için il özel idaresi tarafından tesis edilen binaların, temin edilen araç ve gereçlerin köylere devredilmesi ve hizmetin devredilen bina, araç ve gereçler ve köyün kendi olanaklarıyla sunulması gerekir.

D. Büyükşehir Belediyesi ile Büyükşehir İlçe Belediyeleri Arasından Yükümlü İdarenin Belirlenmesi

Büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyelerinin de il özel idareleri ile belediyelerde ve il özel idareleri ile köylerde olduğu gibi ortak coğrafi alanda görev ve yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla hem büyükşehir belediyesinin hem de büyükşehir ilçe belediyelerinin sınırları içerisinde bulunan yerlerde büyükşehir belediyesinin mi yoksa büyükşehir ilçe belediyelerinin mi hayvan bakımevi kurmakla ve 5199 sayılı Kanunda öngörülen diğer yükümlülükleri yerine getirmekle görevli ve yetkili olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7'nci maddesinde büyükşehir belediyesinin ve büyükşehir ilçe belediyelerinin görev ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Bu idarelerin görev ve sorumluluklarının birbirinden ayrılması ile ilgili olarak büyükşehir ilçe belediyelerinin görev ve yetkileri 5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasının b, c, d, e ve f bentlerinde sayılmış, ayrıca bu fıkranın a bendinde kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile birinci fıkrada (m.7/1'de) sayılanlar dışında kalan görevlerin yapılmasının ve yetkilerin kullanılmasının büyükşehir ilçe belediyelerine ait olduğu öngörülmüştür. Buna göre 5216 sayılı Kanunda açıkça sayılan görev ve yetkileri dışında 5216 sayılı Kanun bakımından büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyelerinin görev ve sorumluluklarının birbirinde ayrılmasında iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler arasında olup olmama kriteri, ikincisi ise 5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin birinci fıkrasında sayılan görev ve yetkiler arasında olup olmama kriteridir.

5199 sayılı Kanunun belediyelerin sorumluluğu başlıklı Ek 1'inci maddesiyle sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan

yetersiz kalmaları halinde harekete geçecek olmaları göz önünde bulundurularak aynı hususları bu iki mahalli idare arasındaki ilişki bakımından da söylemek mümkündür.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

bakımevi kurma ve bu hayvanlara çeşitli müdahalelerde bulunma görev ve yetkisi yalnızca büyükşehir belediyesi için değil, nüfusu yirmi beş bini aşmayanlar hariç büyükşehir ilçe belediyeleri için de açıkça öngörülmüştür. Ayrıca 5199 sayılı Kanunun 4 ve 6'ncı maddeleriyle ayırım yapılmaksızın tüm mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmakla ve diğer yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna göre sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili görev ve yetkiler yalnızca büyükşehir belediyelerine verilmemiştir. O halde “münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler arasında olup olmama” kriterine göre bu hayvanlara ilişkin yükümlülüklerin yalnızca büyükşehir belediyesine ait olduğunu, büyükşehir ilçe belediyelerinin yükümlülüklerinin olmadığını söylemek mümkün değildir.

Büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyelerinin görev ve sorumluluklarının birbirinden ayrılmasında başvurulacak ikinci kriter olan “5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin birinci fıkrasında sayılanlar arasında olup olmama kriteri” bakımından değerlendirme yapıldığında büyükşehirde sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve onlara müdahalelerde bulunma yükümlülüğünün büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyeleri arasında görev sahaları itibariyle paylaştırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. 5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının m bendinde *büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden hayvan barınakları yapma ve yaptırmanın* büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında olduğu; aynı maddenin üçüncü fıkrasının a bendinde 7'nci maddenin birinci fıkrasında sayılanlar dışında kalan görevleri yapma ve yetkileri kullanmanın büyükşehir ilçe belediyelerine ait olduğu öngörülmüştür. Buna göre *büyükşehirin bütününe*, örneğin tamamına veya birçok ilçesine yönelik olarak 5199 sayılı Kanun gereğince sahipsiz hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara müdahalede bulunma gereğinin ortaya çıktığı hallerde buna yönelik hizmetler büyükşehir belediyesi tarafından yerine getirilecektir. Sadece belirli bir ilçe bakımından bu ihtiyacın ortaya çıktığı hallerde ise büyükşehir ilçe belediyesi hizmetin gereğini yerine getirecektir. Hizmetlerin büyükşehir belediyesince mi yoksa büyükşehir ilçe belediyesince mi ya da birden fazla ilçe belediyesi arasından hangisince yerine getirileceğine ilişkin anlaşmazlık bulunması halinde büyükşehir belediye meclisi devreye girebilecektir. Zira 5216 sayılı Kanuna göre *“büyükşehir kapsamındaki belediyeler arasında hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından uyum ve koordinasyon, büyükşehir belediyesi tarafından sağlanır. Büyükşehir belediyesi ile ilçe*

belediyeleri veya ilçe belediyelerinin kendi aralarında hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili ihtilaf çıkması durumunda, büyükşehir belediye meclisi yönlendirici ve düzenleyici kararlar almaya yetkilidir” (m.27/1).

Büyükşehir ilçe belediyesinin ilçeye yönelik olarak sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara yönelik olarak 5199 sayılı Kanunda öngörülen diğer yükümlülüklerini hiç veya yeterince yerine getirememesi halinde 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 27’nci maddesinin dördüncü fıkrası uygulama alanı bulabilecektir. 5216 sayılı Kanunun 27’nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre “*ilçe belediyelerine ait görevlerden bir veya birkaçı, bedeli kendileri tarafından karşılanmak ve istekte bulunmak kaydıyla, büyükşehir belediye meclisinin kararına dayanarak, ortaklaşa veya bizzat büyükşehir belediyesi tarafından yapılabilir*”. Buna göre büyükşehir ilçe belediyeleri ilçede sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleri ile ilgili yükümlüklerini hiç veya yeterince yerine getiremedikleri takdirde büyükşehir belediyesine başvurarak hizmetlerin büyükşehir belediyesince veya ortaklaşa yerine getirilmesini teklif edebilirler. Büyükşehir belediyesince bu teklifin kabul edilmesi halinde, hizmet bedeli büyükşehir ilçe belediyesince karşılanmak suretiyle sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için ilçede hayvan bakımevi büyükşehir belediyesince kurulur ve bu hayvanlara yönelik hizmetler yerine getirilir ya da bu hizmetler iki idarenin de katılımıyla, iş birliği içerisinde sunulur.

Görüleceği üzere il özel idareleri ile köyler arasındaki ilişki bakımından uygulanabilen sübzidiyarite ilkesi 5216 sayılı Kanunun 27’nci maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen hüküm nedeniyle büyükşehir ilçe belediyeleri ile büyükşehir belediyeleri arasındaki ilişkide uygulanamaz. 5216 sayılı Kanunun 27’nci maddesi sebebiyle büyükşehir belediyesi, büyükşehir ilçe belediyesinin gücü yetmese de büyükşehir ilçe belediyesince yürütülecek hizmeti kendiliğinden üstlenemez.

Konumuzla ilgili olması itibarıyla hayvan bakımevini işletme yani hayvanlara gerekli müdahalelerde bulunma yükümlülüğünün hangi mahalli idarede olduğuna ilişkin olarak Manisa Büyükşehir Belediyesi ile Manisa il sınırları içerisinde bulunan Saruhanlı İlçe Belediyesi arasında çıkan ve yargı yeri önüne giden bir uyuşmazlık üzerinde durmak faydalı görünmektedir⁷⁵. Dava konusu olayda Saruhanlı İlçe Belediyesi

⁷⁵ Saruhanlı İlçe Belediyesi 09.07.2015 tarih ve 309 sayılı Manisa Büyükşehir Belediyesi işlemine karşı dava açmadan önce iki idare arasındaki süreç şu

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

ilçelerindeki hayvan barınağının Manisa Büyükşehir Belediye Başkanlığınca işletilmesi gerektiği yolundaki başvurusunun reddine ilişkin Manisa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 09.07.2015 tarih ve 309 sayılı işleminin iptali istemiyle dava açmıştır. İstemin özetinden anlaşıldığı üzere Manisa 2. İdare Mahkemesi 08.12.2016 tarih ve E.2015/784, K.2016/136 sayılı kararında “5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7. maddesinin (m) bendinde büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden, hayvan barınakları, yapmak, yaptırmak, işletmek ve işlettirmenin büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayıldığını, Kanun metninden de anlaşılacağı üzere il bütününe hitap eden ve hizmet veren nitelikteki hayvan barınaklarının büyükşehir belediyesinin yetki ve sorumluluğunda bulunduğunu, bu niteliğe sahip olmayan küçük ölçekli hayvan barınaklarının sorumluluğunun ise ilçe belediyesine ait olduğunu, kaldı ki 6360 sayılı Yasada devredilen yetki ve sorumluluklar arasında hayvan barınakları ile ilgili hüküm bulunmadığını, dava konusu edilen hayvan barınağının Saruhanlı İlçe Belediyesinden Manisa Büyükşehir belediyesine devrine dair herhangi bir bilgi ve belge yer almadığını, hâl böyle olunca ilçe belediyelerinin sorumluluğunun büyükşehir belediyesi ile birlikte devam ettiğini, ayrıca kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi dikkate alındığında dava konusu hayvan barınağının sorumluluğunun Saruhanlı Belediyesi'ne ait olduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir”. Saruhanlı İlçe Belediyesi 5216 sayılı Kanunun 7/m maddesine

şekilde gerçekleşmiştir: “Manisa Büyükşehir Belediyesi 26.05.2015 tarih ve 225 sayılı yazısıyla Saruhanlı İlçe Belediyesine mahalli idarelerin sokak hayvanları ile ilgili görev ve sorumluluklarının ilçe belediyeleri tarafından yürütülmesi gerektiğini ve Saruhanlı İlçe Barınağında ortaya çıkacak sorumluluklarda muhatabın Saruhanlı Belediyesi olacağını bildirmiştir. Buna karşılık olarak Saruhanlı İlçe Belediyesi, Manisa Büyükşehir Belediyesine gönderdiği 30.06.2015 tarih 2458 sayılı yazısıyla hayvan barınaklarının yapılması ve işletilmesi görevinin büyükşehir belediyelerine verildiğini ve 6360 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Büyükşehir Belediyesine devrolunduğunu, bu yüzden ortaya çıkacak sorun ve sorumluluklarda Saruhanlı Belediyesinin muhatap olmayacağını cevaben bildirmiştir. Bu cevaba karşı Manisa Büyükşehir Belediyesi 09.07.2015 tarih ve 309 sayılı yazısıyla ilk gönderdiği yazısında (cevabında) belirttiği hususlara değinerek Saruhanlı İlçe Barınağında ortaya çıkacak sorun ve sorumluluklarda muhatabın Saruhanlı Belediyesi olacağı cevabını vermiştir” (İzmir B.İ.M, 5. İ.D.D, E. 2017/707 K. 2017/912 T. 16.05.2017, Lexpera).

göre hayvan barınaklarını yapma, yaptırma ve işletmenin büyükşehir belediyelerinin görev ve yetkisinde olduğunu ileri sürerek İdare Mahkemesinin kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstinaf kanun yolu incelemesinde davalı Manisa Büyükşehir Belediyesi dava konusu işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığını, 6360 sayılı Kanunda hayvan barınaklarının büyükşehir belediyesine devrine ilişkin bir hüküm bulunmadığını, 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve Uygulama Yönetmeliği hükümlerine göre hayvanların korunması ve bakımlarıyla ilgili hizmetlerin büyükşehir ve yerel idarelerle birlikte yürütülmesi gerektiğini, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek istinaf başvurusunun reddi gerektiğini savunmuştur. İstinaf kanun yolunda İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi “5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7. maddesinin (m) bendinde hayvan barınakları, yapma, yaptırma, işletme ve işletmelerin büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayılmış olduğu, ilçe belediyelerinin hayvan barınakları yapma ve işletme yükümlülükleri bulunmadığı gerekçesiyle Saruhanlı İlçesindeki hayvan barınağının Manisa Büyükşehir Belediyesince işletilmesi gerektiği yolundaki davacı idare başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulüne, Manisa 2. İdare Mahkemesi’nin kararının kaldırılmasına, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir”⁷⁶.

Karar 2021 yılında 7332 sayılı Kanunun 13’üncü maddesiyle 5199 sayılı Kanuna Ek Madde 1 eklenmeden önceki dönemde verilmiştir. Bu bilgiyi vermek Ek Madde 1 ile nüfusu yirmi beş bini aşan büyükşehir ilçe belediyelerinin sahipsiz hayvanlar için hayvan bakımevi kurma ve bu hayvanlara yönelik yükümlülüklerinin açıkça düzenlenmiş olması bakımından önemlidir. Ek Madde 1 yürürlüğe girdikten sonra nüfusu yirmi beş bini aşan bir büyükşehir ilçe belediyesinin sadece görevli ve yetkili olduğu coğrafi alana yönelik bir ihtiyaç olarak ortaya çıkması halinde sahipsiz hayvanlar için bakımevi kurmanın ve burada hayvanlara yönelik müdahalelerde bulunmanın kendi sorumluluğunda değil büyükşehir belediyesinde olduğunu ileri süremeyeceği “apaçık” ortadır. Ancak herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlar için hayvan bakımevi kurma ve onlara müdahalelerde bulunma yükümlülüğü kararın verildiği dönemde de 5199 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının j bendi ile 6’ncı maddesinin dördüncü

⁷⁶ İzmir B.İ.M, 5. İ.D.D, 16.05.2017, E. 2017/707 K. 2017/912 T, Lexpera.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

fıkrası gereğince mevcut olduğundan ve büyükşehir ilçe belediyeleri de mahalli idarelerden olduklarından hayvan bakımevi kurma ve diğer yükümlülükleri yerine getirmede büyükşehir ilçe belediyelerinin görevli olduklarını söylemek pekâlâ mümkündür.

Büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyeleri arasında yapılan görev ve sorumluluk paylaşımında 5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının m bendi ile hayvan barınağı kurma görev ve sorumluluğunun büyükşehirin bütününe ilişkin olsun veya olmasın yalnızca büyükşehir belediyesinde olduğu öngörülseydi ve 5199 sayılı Kanun veya başka bir kanunla hayvan bakımevi kurma ve burada hayvanlara müdahalede bulunma görevi yalnızca büyükşehir belediyelerine verilmiş olsaydı hayvan bakımevi kurma ve burada hayvanlara müdahale etme görevinin yalnızca Manisa Büyükşehir Belediyesine ait olduğu söylenebilirdi. Ancak ne 5216 sayılı Kanunun 7'nci maddesiyle bu görevin yalnızca büyükşehir belediyesine ait olduğu öngörülmüş, ne de hayvan bakımevi kurma ve burada hayvanlara müdahale etme görevi kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilmiştir. O halde ilçe belediyesi de görevli olduğu coğrafi alanda yükümlülük sahibidir. Sadece Saruhanlı İlçesine yönelik bu hizmetin Manisa Büyükşehir Belediyesince üstlenilmesi veya Saruhanlı İlçe Belediyesince iş birliği içerisinde bu hizmetin yerine getirilmesi kararın verildiği dönemde de yürürlükte bulunan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 27'nci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Manisa Büyükşehir Belediyesinin Saruhanlı İlçe Belediyesinin hizmeti üstlenme veya birlikte yerine getirme teklifini kabulüne bağlıdır. Hayvan bakımevi kurulması ve hayvanlara ilişkin diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi büyükşehirin bütününe değil Saruhanlı ilçesinin mahalli müşterek ihtiyacının giderilmesine yönelik olduğuna ve Manisa Büyükşehir Belediyesinin Saruhanlı İlçe Belediyesinin bu hizmetlerin Manisa Büyükşehir Belediyesince yerine getirilmesini kabul eden bir kararı olmadığına göre İzmir Bölge İdare Mahkemesinin Manisa Büyükşehir Belediyesini hizmetin yerine getirilmesinde yükümlü gören kararı hukuka aykırıdır.

V. ORTAYA ÇIKAN ZARARLAR ÜZERİNE MAHALLİ İDARELERİN SOKAK KÖPEKLERİ İLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Genel Olarak

Sokak köpeklerinin saldırılarından dolayı zarara uğrayanların açmış oldukları davalar, verilen kararlardan anlaşıldığı üzere belediye sınırları içerisinde gerçekleşen, dolayısıyla belediyelerin yükümlülüklerine temas eden kararlardır. İl özel idareleri veya köylerin sorumluluklarına ilişkin herhangi bir yargı kararına ulaşılammıştır. Kararlar hayvan bakımevlerinde müdahaleleri yapıldıktan sonra belediyelerin sokak köpekleriyle ilgili yükümlülüklerinin devam edip etmeyeceğine ilişkindir.

Yargı kararlarını verilış tarihlerine göre eski tarihli karardan yeni tarihli karara doğru olacak şekilde sıralamak suretiyle değinmeyi tercih etmekteyiz.

B. Danıştay 8'inci Dairesinin 19.03.2015 Tarih ve E. 2011/1249, K. 2015/2041 Sayılı Kararı⁷⁷

Öncelikle Danıştay 8'inci Dairesinin 19.03.2015 tarih ve E. 2011/1249, K. 2015/2041 sayılı Kararına değineceğiz. Karardan anlaşıldığı üzere davacı evinden işine gittiği sırada sokakta kendisine saldıran başıboş köpeklerden kaçarken düşerek yaralanması üzerine gerçekleştiğini iddia ettiği zararların tazmini için belediye aleyhine dava açmış, Mahkeme “5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelikte (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde) sahihsiz hayvanların gerekli bakım ve kontrolleri yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmalarının ve kendi doğal ortamlarında yaşamalarının sağlanması öngöröldüğü, bunun dışında belediyelerin bu hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başıboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair mutlak bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığı, uğranılan zarar ile davalı idare arasında

⁷⁷ D.8.D, 19.03.2015, E. 2011/1249 K. 2015/2041, Lexpera.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

uygun ve kabul edilebilir bir illiyet bağı bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir”.

Temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine uyuşmazlık önüne gelen Danıştay’ca “*Sahipsiz hayvanların, öncelikle köpeklerin saldırgan olanlarının eğitilmesi ve sahiplendirilmeleri için hayvan bakımevleri kurma görevinin belediyelere ait olduğu anlaşılmaktadır. Kamu idareleri yapmakla yükümlü buldukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür... Mahkemece, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikte, sahipsiz hayvanların gerekli bakım ve kontrolleri yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ve kendi doğal ortamlarında yaşamalarının sağlanmasının öngörüldüğü, bunun dışında belediyelerin bu hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başıboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair mutlak bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiş ise de; yerleşim merkezlerinin yanında toplu halde yaşayan sokak köpeklerinin yaşadıkları alanın tam bir doğal ortam sayılmayacağı, evsel atıkla beslendikleri ve her zaman yiyecek bulamama ihtimalleri bulunduğu hususları dikkate alındığında, belediyelerin görevinin sokak köpeklerinin gerekli bakım ve kontrollerini yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ile sona ermeyeceği, kamu hizmetinin devamlılığının esas olduğu, bu nedenle olayda belediyenin sorumluluğunun bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır”.* Danıştay’a göre bu durumda, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”.

Danıştay’ın vermiş olduğu karar hayvan bakımevine götürülen sokak köpeklerinin burada gerekli müdahaleler gerçekleştirildikten sonra belediyenin bu hayvanlarla ilgili yükümlülüklerinin neler olduğuna ilişkindir. Karara konu olayda, idare mahkemesince verilen karardan anlaşıldığı üzere belediye sokak köpeklerini hayvan bakımevine götürmüş, gerekli müdahalelerde bulunmuş ve alındığı ortama bırakmış, ancak devamında bu hayvanlarla ilgili herhangi bir faaliyette bulunmamıştır. Zarar da belediye tarafından bırakılan bu hayvanlar tarafından verilmiştir. Çalışmamızda değindiğimiz üzere mahalli idarelerin doğrudan sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine ilişkin yükümlülüklerini düzenleyen 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun bir mahalli idare olarak belediyeyi de ilgilendiren 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında ve her ne kadar kararın verildiği dönemde yürürlükte olmasa da değinmek yararlı olduğu üzere doğrudan belediyelere yönelik olarak 2021 yılında Kanuna eklenen Ek 1’inci

maddesinde sahipsiz hayvanların bakımevine götürülmeleri ve bu yerlerde kendilerine gerekli müdahaleler yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları dışında yapılacak herhangi bir müdahaleden söz edilmemiştir. 5199 sayılı Kanuna göre bu hayvanlar hayvan bakımeviden alındıkları ortama bırakılmayacak iseler ancak Kanununun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yapılan yollama dolayısıyla 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında sayılı hallerden birisinin gerçekleştirilmesi halinde öldürüleceklerdir. Esas itibarıyla belediyelerin sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili yükümlülüklerini düzenleyen Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde de sahipsiz hayvanların hayvan bakımevinde (geçici bakımevinde) gerekli müdahaleler yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmalarından ve öldürülmelerinden söz edilmiş, 5199 sayılı Kanundan farklı olarak ayrıca bu hayvanların sahiplendirilmeleri ve kendilerine besleme odakları kurulması ile beslenmelerine yardımcı olunmasından söz edilmiştir. Buna göre belediyeler sahipsiz hayvanları ve bunlar içerisinde sokak köpeklerini öldürülmeyeceklerse ve sahiplendirilememişlerse hayvan bakımeviden çıkarıp alındığı ortama bıraktıktan sonra ancak besleme odakları kurmak ve beslenmelerine yardımcı olmak suretiyle kontrol altında tutabileceklerdir.

İdare mahkemesinin 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelikte (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde) sahipsiz hayvanların gerekli bakım ve kontrolleri yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmalarının ve kendi doğal ortamlarında yaşamalarının sağlanmasının öngörüldüğü, bunun dışında belediyelerin bu hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair mutlak bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığı yönündeki kararı kısmen doğru kısmen yanlıştır. Bir kere hayvan bakımevinde gerekli müdahaleler yapıldıktan sonra belediyelerin sokak köpeklerini hemen alındıkları ortama bırakmaları gerektiğinden söz edilemez. Belediyelerin hayvan bakımevinde yapılması gereken müdahaleler tamamlandıktan sonra mutlaka bu hayvanları sahiplendirmeye çalışması gerekmektedir. Sahiplendirme mümkün olmazsa hayvan alındığı ortama bırakılacaktır. Dolayısıyla belediyelerin bu hayvanları sahiplendirmeyi deneyip denemediğini sorgulamak gerekmektedir. Yönetmelikle kendisine getirilen yükümlülükler kapsamında gerekli bütün çabayı gösterdikleri halde belediyeler hayvanı sahiplendiremedikleri takdirde alındığı ortama bırakacaktır.

İdare mahkemesinin belediyelerin sahipsiz hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başıboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair mutlak bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığı ifadesi karşısında gerçekten de 5199 sayılı Kanunda ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde belediyeler için “açıkça” böyle bir yükümlülüğün öngörülmediğini söylemek gerekmektedir. Hatta bu hayvanların ayrılmış bir ortamda toplanmalarına yönelik bir yöntem olarak akla gelebileceği üzere insanlara uzak alanlara bırakılmaları Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile açıkça yasaklanmıştır. Yönetmeliğe göre “*hayvanlar, hiçbir suretle ilgili belediye sınırları dışındaki bir ortama, ormanlık alana veya diğer yaban hayatı yaşam alanlarına bırakılmaz*” (m.21/1-d). “*Sahipli veya sahipsiz hiçbir hayvan belediye, gönüllü kuruluş veya diğer üçüncü şahıslarca belediye sınırları dışında yaban hayatı yaşam alanlarına bırakılmaz*” (m.21/1-g). Ancak gerek 5199 sayılı Kanunda gerekse de Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde belediyelerin sahipsiz hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başıboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair açık bir hükme yer verilmese de hayvanların ayrılmış bir ortamda bulunmalarını kısmen de olsa sağlayabilecek bir düzenlemeye Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde yer verilmiştir. Yönetmeliğin 21’inci maddesinin birinci fıkrasının d bendine göre alındıkları ortamda sahipsiz hayvanlar için besleme odakları kurmanın ve bu hayvanların beslenmelerine yardımcı olmanın belediyeler için bir yükümlülük olması hayvanların ayrılmış bir ortamda toplanmalarını sağlayabilecektir. Belediyeler sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin ayrılmış bir ortamda kalmalarını sağlayacak bir faaliyet olarak bu hayvanların besleme odaklarını mümkün olduğunca insanlarla karşı karşıya gelmelerini önleyecek yerlerde kurabilir. Ayrıca hayvanların beslenmelerini sağlayarak aç kalmaları üzerine insanlara saldırmalarının önüne geçebilir. Besleme odakları kurmak ve beslenmelerine yardımcı olmak bu hayvanların saldırmalarının önüne geçmede tek başına yeterli kabul edilemeyecek olsa da belediyelerin göz ardı edilmemesi gereken bir yükümlülüğüdür. Bununla beraber idare mahkemesi Yönetmelik gereğince belediyelerin besleme odakları kurma ve sahipsiz hayvanların beslenmelerine yardımcı olma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini sorgulamamış, göz ardı etmiştir.

İdare mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine uyuşmazlık önüne gelen Danıştay’ın sahipsiz hayvanların, öncelikle köpeklerin saldırgan olanlarının eğitilmesi ve sahiplendirilmeleri için “hayvan

bakımevleri kurma görevinin belediyelere ait olduğunu, kamu idarelerinin yapmakla yükümlü buldukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlü olduğunu” ifade etmesi bakımevinde gerekli müdahaleler yapılan hayvanların Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen sahiplendirilme gereğine temas etmesi bakımından önemlidir. Fakat Danıştay’ın, hizmetin işleyişini belediyenin sürekli olarak nasıl kontrol edeceğini ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli hangi önlemleri alması gerektiğini ayrıca belirtmemesi, üzerinde durulması gereken diğer bir husustur. Sahipsiz hayvanların ve dolayısıyla sokak köpeklerinin alındıkları ortama bırakıldıktan sonra kontrollerine yardımcı olmalarını sağlayacak, açıkça yapılan tek düzenleme Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğindeki bu hayvanlar için besleme odakları kurma ve onların beslenmelerine yardımcı olma gereğini öngören düzenlemedir. Bu tek düzenlemeyi gözden kaçırarak Danıştay hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etme ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri kapsamında neler yapması gerektiğini saymamıştır. 5199 sayılı Kanun ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği doğrudan mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine yönelik yükümlülüklerini içeren düzenlemelerdir. Dolayısıyla gerek Kanunda gerekse de Yönetmelikte bu hayvanlara yapılması gereken tüm müdahalelerin düzenlenmesi gereklidir. Fakat yapılması gereken müdahaleler bahsi geçen Kanunda ve Yönetmelikte yeterli şekilde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte 5393 sayılı Belediye Kanununa göre mahalli müşterek nitelikteki çevre ve çevre sağlığı hizmetlerini yapma veya yaptırma görev ve sorumluluğu bulunan (m.14/1-a) ve belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunma yetki ve imtiyazına sahip olan (m.15/1) belediyelerin sahipsiz hayvanları ve dolayısıyla sokak köpeklerini alındıkları ortama bıraktıktan sonra bu hayvanlara yapılması gereken tüm müdahaleleri belirlemesi gerektiğini söylemek mümkündür. Örneğin hayvan bakımevinde gerekli müdahaleler yapıldıktan sonra hayvanların saldırganlık eğiliminde olup olmadığı belirli aralıklarla kontrol edilebilir; eğer gerekliyse hayvanların aşıları yenilenebilir. Yapılması gereken başka neler olduğunu bilimsel verilerden faydalanarak belediyeler belirlemelidir.

Danıştay’ın yerleşim merkezlerinin yanında “toplular halinde yaşayan sokak köpeklerinin yaşadıkları alanın tam bir doğal ortam sayılmayacağı,

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

evsel atıkla beslendikleri ve her zaman yiyecek bulamama ihtimalleri bulunduğu hususları dikkate alındığında, belediyelerin görevinin sokak köpeklerinin gerekli bakım ve kontrollerini yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ile sona ermeyeceği, kamu hizmetinin devamlılığının esas olduğu, bu nedenle olayda belediyenin sorumluluğunun bulunduğu” yönündeki değerlendirmesi kararda söz edilmese de belediyelerin sokak köpekleri için besleme odakları kurmaları ve onların beslenmelerine yardımcı olma yükümlülüğü ile ilgilidir. Belediyeler besleme odaklarını mümkün olduğunca insanların yaşam alanlarının dışında tutarsa ve bu hayvanları yeterli şekilde beslerse sokak köpekleri yiyecek bulmak için evsel atıkların bulunduğu yerlere gitmeyecek, aç kalmalarının onlara verdiği saldırganlığı göstermeyecektir.

C. Danıştay 8’inci Dairesinin 15.11.2018 Tarih ve E. 2012/6599, K. 2018/6994 Sayılı Kararı⁷⁸

Danıştay 8’inci Dairesinin 15.11.2018 tarih ve E. 2012/6599, K. 2018/6994 sayılı Kararına konu olayda davacı Ankara İli, Çankaya İlçesinde bulunan Orta Doğu Teknik Üniversitesine ait ormanlık alanda (Oran Parkında) yürüyüş yaptığı sırada, sahipsiz ve başıboş köpeklerin saldırısına uğrayarak ağır yaralanmıştır. Bunun üzerine maddi ve manevi yönden zarara uğramasında, ilgili Kanun ve Yönetmeliklerde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen, aynı yerde defalarca aynı olaylar yaşanmasına rağmen kent içinde ve yaşam alanlarında sahipsiz, başıboş ve güçten düşmüş hayvanları toplayarak, barınaklarda muhafaza etmeyen ve gerekli tedbirleri almayan davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle köpek saldırısında uğradığı zararların tazmini için idareye başvurmuştur. Başvurusunun idarece reddi üzerine idare mahkemesinde, karardan anlaşıldığı kadarıyla Ankara Büyükşehir Belediyesi aleyhine dava açmış, mahkeme “5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelikte, sahipsiz hayvanların gerekli bakım ve kontrolleri yapıldıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ve kendi doğal ortamlarında yaşamalarının sağlanmasının öngörüldüğünü, bunun dışında belediyelerin bu hayvanları ayrılmış bir ortamda toplayacaklarına ve başıboş dolaşmalarını engellemeleri gerektiğine dair mutlak bağlayıcı bir düzenleme

⁷⁸ D.8.D, 15.11.2018, E. 2012/6599 K. 2018/6994, Lexpera.

bulunmadığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir”. Karardan anlaşıldığı kadarıyla idare mahkemesi ret kararını verirken “davacının köpeklerin saldırısına uğrayarak yaralandığı yerin, Çankaya Belediyesinin yetki ve sorumluluğunda bulunduğunu ve mülkiyetinin de Orta Doğu Teknik Üniversitesine ait olduğunu, bu bölgedeki sahipsiz ve başıboş hayvanların toplatılmasının öncelikle adı geçen idarelerin sorumluluğunda bulunduğunu, olayın meydana geldiği yerin halka açık olmadığı hususlarını da göz önüne alarak Ankara Büyükşehir Belediyesinin hizmet kusuru bulunmadığını tespit etmiştir”.

İdare mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine uyuşmazlık önüne gelen Danıştay’ca “...yerleşim merkezlerinde veya bu merkezlerin yakınında toplu halde yaşayan sokak köpeklerinin yaşadıkları alanın doğal bir ortam sayılamayacağı, evsel atıkla beslendikleri ve her zaman yiyecek bulamama ihtimallerinin bulunduğu hususları da dikkate alındığında, kamu hizmetinin devamlılığı esası gereğince belediyelerin görevinin, sokak köpeklerinin gerekli bakım ve kontrollerini yaptıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ile sona ermeyeceği sonucuna ulaşılmıştır”. Danıştay’a göre “olayda; söz konusu yerde daha önce de benzer olayların yaşanmasına karşın gerek taşınmaz maliki ve idarecisi olan üniversite yönetimi tarafından yerel yönetimlere durumla ilgili bilgilendirme yapılmadığı ve önlem alınmadığı, gerekse Belediye Yasaları ile 5199 sayılı Yasa uyarınca beldedeki insan ve çevre sağlığı açısından artık tehdit mahiyetinde bulunan saldırgan sokak hayvanlarını toplayıp rehabilite etme konusunda Valilik, büyükşehir ve ilçe belediyesinin görevlerini gereği gibi yapmadığı ve kusur sorumluluğunun bulunduğu açıktır”. Danıştay’a göre köpeklerin saldırı nedeniyle ortaya çıkan zarardan büyükşehir belediyesi, ilçe belediyesi, valilik ve üniversite sorumludur; davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir”.

İdare mahkemesi davayı, bir önceki başlıkta incelemesini yaptığımız karardaki gerekçeyle aynı gerekçeye dayanarak reddetmiştir. Yine Danıştay da aynı gerekçelerle idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Çalışmamız mahalli idarelerin yükümlülüklerine ilişkin olduğundan kararın üniversitenin ve valiliğin sorumluluğuyla ilgili kısmına değinmeyeceğiz. Ancak aynı olayda hem büyükşehir belediyesinin hem de büyükşehir ilçe belediyesinin sorumlu tutulması hususuna değinmekte yarar görmekteyiz. Olaydan anlaşıldığı üzere sokak köpeklerinin saldırılarının önlenmesi ilçe belediyesi olan Çankaya Belediyesi sınırları içerisinde bulunanlar bakımından mahalli müşterek

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

bir ihtiyaçtır. Başka ilçeler için de sorun haline gelen sokak hayvanı saldırılarından söz edilmediğinden büyükşehirin bütünlüğüne yönelik olarak sunulması gereken bir hizmet söz konusu değildir. Dolayısıyla olayda 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının m bendinde “büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden” hayvan barınakları yapma ve yaptırma görev ve sorumluluğunu öngören hükme dayanarak büyükşehir belediyesini ilçe belediyesi ile birlikte sorumlu tutmak mümkün değildir. 5216 sayılı Kanunun 27'nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre “ilçe belediyelerine ait görevlerden bir veya birkaçı, bedeli kendileri tarafından karşılanmak ve istekte bulunmak kaydıyla, büyükşehir belediye meclisinin kararına dayanarak, ortaklaşa veya bizzat büyükşehir belediyesi tarafından yapılabilir”. Dolayısıyla ancak Çankaya Belediyesinin Ankara Büyükşehir Belediyesine sokak köpekleriyle ilgili yükümlülüklerinin Büyükşehir Belediyesince veya birlikte yerine getirilmesi hususunda teklifte bulunması ve bu teklifin Büyükşehir Belediyesince kabul edilmesi halinde iki idare birlikte sorumlu tutulabilir. Kararda böyle bir teklif ve kabulden söz edilmediğine göre Çankaya Belediyesiyle birlikte Ankara Büyükşehir Belediyesinin de sorumlu tutulması hukuka aykırıdır. Bunun dışında bir önceki kararın yorumlanmasında yaptığımız açıklamalar bu karar için de geçerlidir.

D. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 09.06.2020 Tarih ve E. 2020/1052, K. 2020/753 Sayılı Kararı⁷⁹

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 09.06.2020 tarih ve E. 2020/1052, K. 2020/753 sayılı Kararına konu olayda davacı Ankara İli, Çankaya İlçesinde bulunan evinin önündeki parkta dört köpeğin saldırması sonucu yere düşerek yaralanmasına ilişkin olarak, kent içinde ve yaşam alanlarında sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanları toplayarak bakımevlerinin kurulmasında, aşılama ve rehabilite işlemlerinin yapılmasında görevli idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle, bu olay nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle idare mahkemesinde dava açmıştır. İstemden özetinden anlaşıldığı üzere idare mahkemesince “idari yargı yerlerince, idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, görev alanı içerisinde gerçekleştirdiği bir işlem veya eylem nedeniyle bir zararın oluşması, bu zarar ile idarenin

⁷⁹ Ankara B.İ.M 10. İ.D.D, 09.06.2020, E. 2020/1052, K. 2020/753, Lexpera.

eylemi veya eylemsizliği arasında illiyet bağının bulunması gerektiği, yasa ve yönetmelik hükümleri uyarınca başıboş ve sahipsiz hayvanların aşılınıp rehabilite edildikten sonra öncelikle alındıkları ortama bırakılmaları gerektiği hususları da göz önüne alındığında, köpek saldırısı sonucu davacının uğramış olduğu maddi ve manevi zararın oluşmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir”.

İstinaf kanun yoluna başvurulması üzerine Bölge İdare Mahkemesi “Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”nin 7. maddesi ile sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların toplatılması, kısırlaştırılması, aşılınması, gerekli tıbbî bakımlarının yapılması ve işaretlenmesi, alındığı ortama geri bırakılması, sahiplendirilenlerinin kayıt altına alınması görevi büyükşehir ve alt kademe belediyesi ayrımı yapılmadan tüm belediyelere verildiğinden, hükmedilen tazminattan Çankaya Belediye Başkanlığının sorumlu olduğuna karar vermiştir”. Bu kararda incelemiş olduğumuz önceki iki karardan farklı olarak sokak köpeğinin alındığı ortama bırakıldıktan sonra belediyelerin yükümlülüklerinin devam edip etmediğine değinilmeden görevli olduğu coğrafi alanda zarar meydana gelen Çankaya Belediyesinin sorumluluğuna hükmedilmiştir.

Değinmiş olduğumuz bir önceki karardan farklı olarak Bölge İdare Mahkemesi Çankaya ilçesi sınırları içerisinde gerçekleşen köpek saldırısı sebebiyle büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyesini birlikte sorumlu tutmamıştır. Oluşan zarardan sadece Çankaya Belediyesi sorumlu tutulmuştur. Kanaatimizce ve tekrar edeceğimiz üzere büyükşehirin bütünlüğüne ilişkin olmayan, Çankaya Belediyesi halkının mahalli müşterek bir ihtiyacının giderilmesine yönelik hizmetten Büyükşehir Belediyesinin sorumlu tutulması mümkün değildir. İlçe belediyesinde yaşayanların mahalli müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasında bu iki idare ancak 5216 sayılı Kanununun 27’nci maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanması halinde birlikte sorumlu tutulabilirler.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

E. Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 02.07.2020 Tarih ve E. 2019/846, K. 2020/596 Sayılı Kararı⁸⁰

Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 02.07.2020 tarih ve E. 2019/846, K. 2020/596 sayılı Kararına konu Antalya İli, Döşemealtı İlçesinde gerçekleşen olayda davacı eve dönerken sahipsiz ve başıboş köpeğin önce eşine ve 9 yaşındaki çocuğuna saldırarak onları yaraladığını, eşini ve çocuğunu köpekten kurtarmaya çalışırken kendisinin de aynı köpeğin saldırması sonucunda elinden yaralandığını ve elinde işlev kaybının meydana geldiğini ileri sürmüştür. Davacı, köpek saldırısı sebebiyle yaralanarak zarara uğramasında, ilgili Kanun ve Yönetmeliklerde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen, kent içinde ve yaşam alanlarında sahipsiz, başıboş ve güçten düşmüş hayvanları toplayarak, barınaklarda muhafaza etmeyen ve gerekli tedbirleri almayan davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğundan bahisle uğradığı zararın tazmini için idareye başvurmuş, bu istemin idarece reddi üzerine, zararının tazmini için idare aleyhine Antalya İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

İdare Mahkemesi “mevzuat hükümlerinden sahipsiz hayvanların, başta köpekler olmak üzere, korunması, bakım ve gözetimi, saldırgan olanlarının eğitilmesi ve sahiplendirilmeleri, hayvan bakımevlerinin kurulması vb. birtakım görev ve sorumlulukların valiliklere, büyükşehir ve ilçe belediyelerine ait olduğunun anlaşıldığı, kamu idarelerinin yapmakla yükümlü oldukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlü olduğu, idarece bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da gereği gibi işlememesi sonucunda bir zarara sebebiyet verilmiş olmasının, idareye hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen maddi veya manevi zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceğinin idare hukukunun yerleşmiş ilkelerinden olduğu, yerleşim merkezlerinde veya bu merkezlerin yakınında toplu halde yaşayan sokak köpeklerinin yaşadıkları alanın doğal bir ortam sayılamayacağı, evsel atıkla beslendikleri ve her zaman yiyecek bulamama ihtimallerinin bulunduğu hususları da dikkate alındığında, kamu hizmetinin devamlılığı esası gereğince belediyelerin görevinin, sokak köpeklerinin gerekli bakım ve kontrollerini yaptıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ile sona

⁸⁰ Konya B.İ.M, 4. İ.D.D, 02.07.2020, E. 2019/846 K. 2020/596, Lexpera.

ermeyeceği sonucuna ulaşıldığı, olayın meydana geldiği mahalde başıboş köpeklerin olduğu konusunda herhangi bir çekişmenin bulunmadığı ve olayın da bu başıboş köpek/lerin saldırısı sonucunda meydana geldiği göz önünde bulundurulduğunda, Belediye Yasaları ile 5199 sayılı Yasa uyarınca beldedeki insan ve çevre sağlığı açısından artık tehdit mahiyetinde bulunan saldırgan sokak hayvanlarını toplayıp rehabilite etme konusunda davalı idarenin görevlerini gereği gibi yapmadığı ve dolayısıyla olayda kusur sorumluluğunun bulunduğu gerekçeleriyle oluşan zararın tazminine karar vermiştir”.

İdare Mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna gidilmiş, davalı idare (Döşemealtı Belediyesi) “davanın husumet yönünden reddi gerektiği, bu husus dikkate alınmadan davanın esasın incelenmesinin hukuk, usul ve yasaya aykırı olduğu, 5216 sayılı Kanunun 7/m maddesinde belirtildiği üzere hayvan barınaklarının yapımı ile ilgili yetki ve görevin Büyükşehir Belediyelerinde olduğunu ileri sürerek idare mahkemesi kararının kaldırılmasını istemiştir”. Başvuru üzerine Konya Bölge İdare Mahkemesi zarardan ilçe belediyesini sorumlu tutarak şöyle karar vermiştir: *“5216 sayılı kanununun 7-m maddesi ile Büyükşehir Belediyesine hayvan barınakları yapma görevi verilmiş olmakla birlikte sokak hayvanlarıyla ilgili başka görev verilmemiştir. Öte yandan yasa ile açıkça Büyükşehir Belediyelerine verilmeyen belediye görevleri ilçe belediyelerine aittir”. Bunun yanında 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununda da açıkça bir görevlendirme yapılmamış olup, anılan kanun uyarınca çıkarılan Yönetmeliğin 7.maddesinde Belediyelerin alacağı tedbirler sayılmış olup, 1-ç bendinde; bölge ve mahallerindeki, özellikle kediler ve köpekler olmak üzere, sahipsiz hayvanların bakımları, aşılarının yapılması, işaretlenmesi ve kayıtlarının tutulmasının sağlanması, kısırlaştırılması, alındığı ortama geri bırakılması, ve sahiplendirilmelerinin yapılması için hayvan bakımevlerine gönderilmesi gibi yapılan tüm faaliyetlerde yerel hayvan koruma görevlileri ve gönüllü kuruluşlar ile belediye veteriner hekimlerinin koordinasyonlarının sağlanmasıyla ilgili tedbirleri almakla görevli oldukları belirtilmiştir. Anılan maddelerin değerlendirilmesi sonucu, başıboş hayvanların denetim ve kontrol görevi ilçe belediyelerine ait olup, sorumluluğuna bu düzenlemelere göre tahlili gerekmektedir... Diğer yandan; 5393 sayılı Belediye kanununun “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14. Maddesinin a) bendinde Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla... çevre ve çevre sağlığı, temizlik... hizmetlerini yapar veya yaptırır... hükmüne yer verilmiştir... 5393 sayılı Belediye Kanununun “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14. maddesinin son*

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

bendlerinde belediyelerin sorumluluk alanlarının belediye sınırları olduğu vurgulanmış olup çevre ve çevre sağlığından, sokakların düzenlenmesi ve güvenliğinden sorumlu bulunan davalı idarenin bu hizmetini eksik olarak yerine getirmesi nedeniyle davacının zarara uğradığı sonucuna ulaşılmaktadır”.

Öncelikle İdare Mahkemesinin kararı üzerinde durmak gerektiği üzere Antalya İdare Mahkemesinin önceki başlıklarda inceleme konusu ettiğimiz Danıştay 8’inci Dairesinin 19.03.2015 tarih ve E. 2011/1249, K. 2015/2041 sayılı Kararı ve 15.11.2018 tarih ve E. 2012/6599, K. 2018/6994 sayılı Kararı ile aynı yönde bir karar verdiğini tespit emekteyiz. Öyle ki Mahkeme Danıştay kararlarındaki bazı ifadeleri kendi verdiği kararda aynen kullanmıştır. Bu durum Mahkemenin karar verirken Danıştay kararlarını dikkate aldığını göstermektedir. Bölge İdare Mahkemesinin kararını değerlendirmeye geçtiğimizde ise 2021 yılında 5199 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 1 ile büyükşehir belediyelerinin hayvan bakımevi kurma ve buraya getirilen hayvanlara müdahalede bulunma yükümlülüğü açıkça düzenlendiğinden Bölge İdare Mahkemesinin büyükşehir belediyesinin görevli sayılması için kanunda açıkça görevlendirilmiş olması gereğini ileri sürmesinin bugün için artık mümkün olmadığını belirlemekteyiz. Aslında kararın verildiği dönemde de 5199 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, bahsi geçen düzenlemede ismen zikredilmeler de büyükşehir belediyeleri de belediye olduğundan hayvan bakımevi kurmakla ve burada hayvanlara müdahalelerde bulunmakla yükümlüydü. Bugün için 2021 yılında 5199 sayılı Kanunla Ek Madde 1 düzenlendiğinden bu tartışmalara girmenin artık bir gereği bulunmamaktadır.

F. Danıştay 8’inci Dairesinin 12.03.2021 Tarih ve E. 2020/7528, K. 2021/1532 Sayılı Kararı⁸¹

Danıştay 8’inci Dairesinin 12.03.2021 tarih ve E. 2020/7528, K. 2021/1532 sayılı Kararına konu olayda davacı Konya İli, Aziziye Mahallesi, Evliya Çelebi Sokak üzerindeki Hacıveyis Camii önünde bulunduğu esnada cadde üzerinde 7-8 adet sahipsiz sokak köpeğinin saldırısına uğradığını belirterek köpekler tarafından ısırılıp yaralanması ve kuduz tedavisi görmesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle Konya İdare Mahkemesinde idare aleyhine dava açmıştır. Konya 1. İdare

⁸¹ D.8.D, 12.03.2021, E. 2020/7528, K. 2021/1532, Lexpera.

Mahkemesi “yerleşim merkezlerinde veya bu merkezlerin yakınında toplu halde yaşayan sokak köpeklerinin yaşadıkları alanın doğal bir ortam sayılamayacağı, evsel atıkla beslendikleri ve her zaman yiyecek bulamama ihtimallerinin bulunduğu hususları da dikkate alındığında, kamu hizmetinin devamlılığı esası gereğince belediyelerin görevinin, sokak köpeklerinin gerekli bakım ve kontrollerini yaptıktan sonra alındıkları ortama bırakılmaları ile sona ermeyeceği, bakılan uyumsuzlukta, olayın meydana gelme sebebinin başıboş köpekler olduğu konusunda herhangi bir çekişmenin bulunmadığı ve davacının yaralanmasının bu başıboş köpeklerin saldırısı sonucunda meydana geldiği göz önünde bulundurulduğunda, Belediye Yasaları ile 5199 sayılı Yasa uyarınca beldedeki insan ve çevre sağlığı açısından artık tehdit mahiyetinde bulunan saldırgan sokak hayvanlarını toplayıp rehabilite etme konusunda davalı idarenin görevlerini gereği gibi yapmadığı ve kusur sorumluluğunun bulunduğu gerekçesiyle oluşan zararın tazminine karar vermiştir”. Kanun yararına temyiz başvurusu üzerine uyumsuzluk önüne gelen Danıştay şu kararı vermiştir: “...mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; sahihsiz hayvanların, başta köpekler olmak üzere, korunması, bakım ve gözetimi, saldırgan olanlarının eğitilmesi ve sahiplendirilmeleri, hayvan bakımevlerinin kurulması vb. birtakım görev ve sorumlulukların valiliklere, büyükşehir ve ilçe belediyelerine ait olduğu anlaşılmaktadır. Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekte beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür... davalı Karatay Belediye Başkanlığı yanında, olayın özelliğine göre müteselsilen sorumluluğu bulunan Konya Valiliği ve Konya Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın da hasım konumuna eklenmesi gerekirken sadece Karatay Belediye Başkanlığı husumetiyle karar verilmesinin yürürlükteki mevzuata aykırı bir sonucu ifade ettiği anlaşılmakta olup, kanun yararına bozma isteminin kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Anlaşılabacağı üzere karara konu olayda da İdare Mahkemesi Danıştay'ın sokak köpeklerinin alındıkları ortama bırakılmalarıyla belediyelerin sorumluluklarının sona ermeyeceği görüşünü dikkate almış ve bu yönde bir karar vermiştir. Danıştay da olaydan anlaşılacağı üzere bu yöndeki tutumunu sürdürmüştür. Bu durum Danıştay'ın sokak köpeklerinden idarenin sorumluluğunun hayvanın alındığı ortama bıraktıktan sonra da devam ettiği görüşünün yerleşik içtihat olma yönünde bulunduğunu göstermektedir. Olayda hem büyükşehir ilçe belediyesinin hem de ilçe belediyesinin sorumlu tutulması ile ilgili olarak

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

sorunun yalnızca büyükşehir ilçe belediyesine yönelik olması halinde bu belediyenin, büyükşehirin bütününe yönelik olması halinde ise büyükşehir belediyesinin sorumlu olması gerektiği, iki idarenin 5216 sayılı Kanununun 27'nci maddesi gereğince bu işi birlikte yapmaları veya işin büyükşehir belediyesince yapılması halinde birlikte sorumlu olacağı yönündeki görüşümüzü tekrar etmekteyiz.

VI. SONUÇ

Sahipsiz hayvanlar olan sokak köpeklerinin insanlar için oluşturduğu tehlike son günlerde ülkemizin önemli problemlerden birisi haline gelmiştir. Sokak köpeklerinin insanlara, bunlar içerisinde özellikle çocuklara ve diğer canlılara saldırdıklarına, onların ölümlerine ve ciddi şekilde zararlanmalarına ilişkin haberlere sıkça rastlamaktayız. Bu saldırılar karşısında toplumda sokak köpeklerinin sürekli olarak hayvan bakımevlerinde tutulması gerektiği, hayvanlar bakımevlerinde tutulmadıkları veya öldürülmedikleri için saldırılara engel olunamadığı algısı oluşmuş bulunmaktadır. Fakat bu algı yanlıştır. Mevzuat gereğince sokak köpeklerinin sürekli olarak hayvan bakımevlerinde tutulmaları mümkün değildir. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği gereğince sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurulacak, hayvanlar hayvan bakımevine götürülecek, burada hayvanlara bakılacak, hayvanların sağlıklarına kavuşmaları sağlanacak, kayıtları alınacak, rehabilitasyonları kapsamında aşıları yapılacak, hayvanlar kısırlaştırılacak, dijital kimliklendirme yoluyla işaretlenecek ve sonra sahiplendirilmeye çalışılacak, sahiplendirmenin mümkün olmaması halinde alındıkları ortama bırakılacaktır. Sokak köpekleri alındıkları ortama bırakıldıktan sonra ise beslenmeleri bakımından desteklenecek, kendileri için besleme noktaları oluşturulacaktır. Sokak köpekleri sırf sayıları azaltılmak için öldürülemeyecek, ancak acı ve ıstırap çekmeleri, iyileşmesi mümkün olmayan hastalığa yakalanmaları, bulaşıcı bir hastalık taşımaları, insanlar ve diğer canlılar için tehlike oluşturmaları halinde öldürülecektir. Öldürme bu hayvanlar için düşünülecek en son çözüm olacaktır. Zira bulaşıcı bir hastalık taşıyor olmakla birlikte tedaviyle bu hastalığın ortadan kaldırılması mümkün ise, hayvanın diğer canlılar için oluşturduğu tehlike giderilebilecekse öldürme başvurulacak bir yöntem olmayacaktır.

Yukarıda saydığımız, sokak köpekleri için yapılması gerekenler, besleme noktaları (odakları) kurma ve sahiplendirme hariç bütün mahalli

idarelere hitap etmektedir. Ancak gerek 5199 sayılı Kanuna 2021 yılında eklenen Ek Madde 1 gerekse de Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile sokak köpekleriyle ilgili yükümlü idarenin sanki sadece belediye olduğu anlayışı benimsenmiştir. Nüfusun belediye sınırları içerisinde yoğunluk arz etmesi ve sokak köpeklerinin verdiği zararların bu yerlerde dikkat çekici düzeyde fazlalığı kanun koyucuyu bu yola itmiş, idare de 5199 sayılı Kanunu uygulamak üzere çıkardığı Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile çok büyük ölçüde belediyelerin yükümlülüklerini düzenlemiştir. Kanunla ve Yönetmelikle benimsenen bu anlayış yanlıştır. İl özel idarelerinin hizmet götürdüğü yerlerde, özellikle nüfusunun yaz mevsimlerinde yoğunluk arz ettiği köylerde de sokak köpekleri insanlara zarar verebilmekte, buralarda da hayvan bakımevi kurularak sokak köpeklerine müdahale edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla mevzuatta sokak hayvanlarıyla ilgili düzenlemelerin tüm mahalli idareleri kapsayacak şekilde yapılması gerekmektedir. 2021 yılında 5199 sayılı Kanun yeniden ele alınıp, bu Kanunda önemli değişiklikler yapılırsa da esasında tek madde olarak Kanunun 6'ncı maddesinde ayırım yapılmaksızın tüm mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine ilişkin yükümlülükleri daha açık ve kapsamlı şekilde yeniden düzenlenmek yerine Ek Madde 1 ile sadece belediyelerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Kanunun bir maddesinde belediyeleri de içerecek şekilde tüm mahalli idareler sokak köpekleri bakımından yükümlü kılınırken başka bir maddesinde sadece belediyelerin sokak köpeklerine ilişkin yükümlülüklerinin tekrar edilmesi kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir.

5199 sayılı Kanunun sahipsiz hayvanlara ve dolayısıyla sokak köpeklerine yönelik yükümlülükleri belediyeler bakımından ayrı maddede düzenlemesinin yanı sıra Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin esas itibariyle sadece belediyelere yönelik yükümlükleri düzenleyen bir yönetmelik olarak kaleme alınması önemli bir eksikliktir. Bu kapsamda Yönetmelikte sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri ile ilgili olarak başvurulabilecek çok önemli iki yöntem olarak sahiplendirmenin, besleme odakları (noktaları) kurmanın ve hayvanların beslenmelerine yardımcı olmanın sadece belediyelerce başvurulacak yöntemler olarak düzenlenmesi göz ardı edilemeyecek bir yanlıştır.

Tüm bu söylediklerimizden sonra ifade etmemiz gerektiği üzere 5199 sayılı Kanunda mahalli idarelerin sahipsiz hayvanlarla ve dolayısıyla sokak köpekleriyle ilgili yükümlülükleri “mahalli idare-

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

belediye” şeklinde bir ayırım yapılmaksızın tek bir maddede tüm mahalli idarelere yönelik olarak yeniden düzenlenmeli, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele için çıkarılan Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik ve Kuduz Hastalığından Korunma ve Kuduz Hastalığı ile Mücadele Yönetmeliği yeniden gözden geçirilerek bulaşıcı hastalıklara ilişkin benzer yöntemleri içeriyor olmaları itibariyle tek bir yönetmelikte birleştirilmeli ve bu yeni yönetmelik 5199 sayılı Kanun ve bu Kanun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile tam olarak örtüşür hale getirilmeli, 5199 sayılı Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere alınması gereken önlemler Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinde detaylı olarak ortaya koyulmalıdır. Bu kapsamda sahipsiz hayvanlar ve dolayısıyla sokak köpekleri için hayvan bakımevi kurmanın, hayvanları buraya götürmenin, bakımevinde korumanın, bakıma tabi tutmanın, rehabilitasyonları kapsamında tedavi etmenin, parazit mücadelesini gerçekleştirmenin, aşılamanın, kısırlaştırmanın, sağlıklarına kavuşturulmalarının, dijital kimliklendirme yöntemleriyle işaretlenmelerinin ve kayıt altına alınmalarının yanı sıra mahalli idarelerce belirli yerlerde beslenmelerinin, aç bırakılmamaların, hayvan bakımevinde müdahale edildikten sonra kayda alınan ve kimliklendirilen hayvanların izlenerek belirli periyotlarla hayvan bakımevine getirilip yeniden gözden geçirilmelerinin, barınmalarının ve dolaşabilmelerinin sağlanması için özellikle insanlardan uzak, elverişli yaşam alanlarına kavuşturulmalarının ve bilimsel yöntemlerden faydalanılarak yapılabilecek diğer faaliyetlerin belirlenmesinin şart olduğunu bilmek ve tüm bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde merkezi idarenin yardım etme gereğini göz ardı etmemek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Onur/ÇOBANOĞLU, Nesrin: Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 36, Yıl: 2020, s. 1-37.
- AKILLI, Hüsnüye: Belediyelerin Sokak Hayvanlarına Yönelik Görev ve Sorumluluklarının Değerlendirilmesi, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, Temmuz 2018, s. 95-118.
- AYDOĞDU, Murat/MERAL, Ö. Oğuzhan: Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, s. 2129-2159.
- BEZCİ, Bünyamin/COŞKUN, Bayram: Avrupa Birliği ve Sübzidiarite İlkesi: İlkenin AB'de Uygulanması ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 16, S: 3, Yıl: Temmuz 2007, s. 5-27.
- ÇİLİNGİR, Sevgi: AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 349-371.
- DEMİRCİ, Kıvanç: Hayvan Hakları Kapsamında Kentsel Alanlarda Sokak Köpekleri Olgusu İzmir – Nevşehir İlleri Örnekleri (Danışman: Prof. Dr. Zerrin Toprak KARAMAN), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017.
- ERTİN, Mustafa Gökhan: Avrupa ve Türkiye'de Yerel Özerklik ve Subsidiarite İlkesi (Danışman: Demirhan Burak ÇELİK), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2015.
- GÖKMEN, Sedat/PEHLİVAN, Aylin/AKSOY, Abdurrahman: Laboratuvar Hayvanlarında Ötenazi Yöntemleri, Etlik Veteriner Mikrobiyoloji Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 87-94.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

GÖZLER, Kemal: Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018.

GÜNEŞ, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KALABALIK, Halil: Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2005.

KARAKAYA, Ayşe/ÇAKMAKKAYA, Baki Yiğit/YILMAZ, Yasemin: Hayvanlara Yönelik Şiddet Konusunda Bir Değerlendirme, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2020:06, s. 181-193.

KANDIR, Emine Hesna: Sokakların Yuvasız Sakinleri, Ayrıntı Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 21, Yıl: 2014, s. 7-14.

KELEŞ, Ruşen: Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler: Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: Ocak 1995, s. 3-14.

KIRIŞIK, Fatih: Kamu Yönetiminin Yeniden Örgütlenmesi ve Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yerellik İlkesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Metinleri, No: 05, Yıl: 2013, s. 1-18.

KIRIŞIK, Fatih/ÖZTÜRK, Kübra: Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2021, s. 360-388.

KOÇ, Aysun/AYVAZOĞLU DEMİR, Pınar: Geçici hayvan Barınaklarının Genel Durumları ve Sorunlarına İlişkin Bir Değerlendirme: Ege Bölgesi Örneği, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 28-33.

MEMİŞ, Emin: Çevre ve Çevre İdare Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

ŞAHİN, Ümit: Halka En Yakın Hizmetlerin Etkin Sunulması Kapsamında Subsidiarity (Yerellik) İlkesi ve Türk Kamu Yönetimi Üzerine Bir Değerlendirme, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, S: 3, Yıl: 2018, s. 19-30.

- TAMZOK, Hülya/KÜK, Mustafa/ÇOBANOĞLU, Nesrin: Hukuki ve Etik Boyutlarıyla Sokak Hayvanları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 245-280.
- TOPAL, Ayşe: Hayvanlarda Ötanazi, Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 141-147.
- ULUSOY, Ahmet/AKDEMİR, Tekin: Mahalli İdareler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.
- ÜRGÜPLÜ, Gülçin: Derin Ekoloji Bağlamında Kentte Sokak Hayvanlarıyla Birlikte Yaşamak Olgusunun İncelenmesi (Tez Danışmanı: Prof. Dr. Orhan HACIHASANOĞLU), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2013.
- YILDIRIM, Arzu: Yerellik İlkesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Yıl: Eylül 2014, s. 130-140.
- YILMAZ TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- ZEYREKLİ, Sedef/EKİZCELEROĞLU, Rengül: Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (Subsidiarite) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, Temmuz 2007, s. 29-48.

Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi

MAHALLE DÜĞÜNLERİNE KOLEKTİF KÜLTÜREL HAKLAR PENCERESİNDEN SAVUNMA

Neyire AKPINARLI*

Merve ALTIN**

Şeyma HAKAN AYÇA***

ÖZ

Gelenek ve görenekler kültürün temel yapı taşlarındandır. Düğünler ise gelenek ve göreneklerin en kadim görünümünden biridir. Müzik, yöresel oyunlar, kıyafetler, takılar, yemekler gibi sözlü ve görsel kültürel unsurların kuşaktan kuşağa aktarılmasında çok önemli rolü olan düğünler, birçok sosyal ve ekonomik unsurları ile toplumsal yaşamda “biz” duygusunun oluşumunda da belirleyici olmuştur. Anadolu ve Trakya’da muazzam kültürel zenginliği ile her bölgeye göre çeşitlilik gösteren düğünlerin dış mekânlarda, günlere yayılan ortak

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: neyire.akpinarli@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0793-9216.

** Öğrenci, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, E-Mail: merve.altin@student.asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6185-1023.

*** Öğrenci, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, E-Mail: seyma.hakanayca@student.asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9669-9375.

Makalenin Gönderim Tarihi : 28.01.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 28.05.2022.

bir çaba ve kolektif bir mutluluk ile gerçekleştirilmesi onların ortak paydasını oluşturmaktaydı. Buna karşın son 70 yılda düğünler önemli bir değişim ve dönüşüm geçirmiş, dış mekânlardan kapalı mekânlara kaymış, kolektif gerçekliğinden her gün biraz daha uzaklaşmış ve bunun sonucunda da yukarıda belirtilen işlevlerini yavaş yavaş kaybetmiştir. Günümüz kent yaşamında az da olsa hala dış mekânlarda gerçekleştirilen düğünler ve bu düğünlerin nişan, kına, evden kız çıkarma gibi unsurları, artık kültürün taşıyıcısı olması vasfı ile değil; gürültüden adam öldürmeye birçok sonucu ile toplumsal barış ve düzeni bozan vasfı ile anılır olmuştur.

Bu çalışma, gelenek göreneklerin bu kadar önemli bir ögesi konumunda olan düğünlerin bu toplumsal ve kültürel işlevini yitirmesinde, dış mekânlarda gerçekleştirilmesi durumunda toplumsal barış ve düzeni bozan bir olguya dönüşmesinde mevcut uluslararası insan hakları konseptinin ve bu çerçevede şekillenen ulusal hukukun önemli bir etken olduğu tezi üzerine inşa olmuştur. Makalede, bu tez uluslararası insan hakları hukuku ve ulusal hukuk çerçevesinde nedenleriyle ortaya konulmuştur.

Çalışmada öncelikle, düğünlerin gelenek görenekler ve kültür ile ilişkisine kısaca değinilmiş ve ardından da bu 70 yıllık süreçte değişim ve dönüşümü özetlenmiştir. Bu bölümün ardından düğünlerin kolektif kültürel hak iken toplumsal düzeni ve barışı bozan bir unsura dönüşmesinin nedeni, uluslararası hukuk ve iç hukuk sisteminde insan hakları hukuku temelinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Düğün, gelenek ve görenek, kentsel dönüşüm kolektif kültürel hak, somut olmayan kültürel miras.

DEFENSE OF OUTDOOR WEDDINGS FROM THE COLLECTIVE CULTURAL RIGHTS PERSPECTIVE

ABSTRACT

Traditions and customs are a very important element of culture. Weddings, on the other hand, are one of the oldest ceremonies of traditions and customs. Weddings have a very important role in transferring verbal and visual cultural elements such as music, local games, clothes, jewelry, food from generation to generation, but also, they have been decisive in the formation of the feeling of “us” in social life with its many social and economic elements. Although it varied according to each region with its enormous cultural richness in Anatolia and Thrace, their common denominator was that it was carried out outdoors, with a common effort and collective happiness that spanned days.

However, weddings have undergone a significant change and transformation in the last 70 years. They shifted from outdoors to indoor spaces, moved further away from their collective reality every day. Because of that, they gradually lost their functions mentioned above. In today's urban life, weddings and the elements of these weddings such as engagement, henna, and daughter-in-law, that are still held outdoors have been known not any more with the carriers of culture but with the characteristics of disrupting social peace and order with its many consequences from noise to murder.

This study is based on the thesis that the current international human rights concept and the national law shaped within this framework are two important factors in this change and transformation of weddings. In the article, this thesis has been put forward with its reasons within the framework of international human rights law and national law.

In the study, first, the relationship of weddings with traditions and culture will be briefly mentioned, and then the change and transformation in this 70-year period will be summarized. After this section, the reason why weddings have turned from a collective cultural right into an element that disrupts the social order and peace is explained based on human rights law in the international and domestic legal systems.

Keywords: Wedding ceremonie, tradition and custom, urban transformation, collective cultural right, intangible cultural heritage.

I. GİRİŞ

Araştırma konusuna, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kıbrıs yerleşkesi Çevre Hukuku 3. Sınıf öğrencilerinin 2020-2021 eğitim yılında, 2019 yılı İl Çevre Durum Raporlarını inceleme çalışması kaynaklık etmiştir. Raporların şikâyetler bölümünün gürültüye dair verilerinde, dış mekânlarda gerçekleştirilen düğün veya şehir merkezlerinde yer alan düğün salonları, önemli bir kalem olarak tespit edilmiştir.¹ Bu çalışmanın devamı olarak, 2012-2019 yılları arasında 81 ile ait Çevre Durum Raporlarında şikâyet verileri incelendiğinde düğünün daha önceki raporlarda da bir gürültü unsuru olarak yer aldığı

¹ 2019 yılı Çorum, Denizli, Erzincan, Hakkâri, Muğla, Siirt, Tunceli İl Çevre Durum Raporlarında Şikâyetler ile ilgili veriler. Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü, <https://ced.csb.gov.tr/il-cevre-durum-raporlari-i-82671>, Erişim Tarihi: 30.12.2021.

görülmüştür.² Kültürün çok önemli öğelerini içeren düğünlerin bu raporlarda gürültü olarak değerlendirilmesinin görülmesi üzerine aynı sınıftaki 82 öğrenciden³ “düğünlerin, bir taraftan toplumun gelenek ve göreneklerinin bir görünümü olması diğer taraftan da kent yaşamında bir gürültü unsuru olması” hakkında düşündüklerini yazılı olarak iletmeleri talep edilmiştir.⁴ Cevaplar incelendiğinde, öğrencilerin düğünleri geleneksel, kültürel ve toplumsal bir olgu olarak kabul ettikleri buna karşın dış mekânlarda gerçekleştirilmesi halinde bu geleneğin, gürültü başta olmak üzere toplumsal barışı ve düzen bozan bir olguya dönüştüğünü belirttikleri görülmüştür.⁵

² 2012-2019 Çorum; 2012-2018 Hakkâri; 2012 -2018 Diyarbakır; 2017-2019 Denizli; 2012-2018 Edirne; 2017-2019Elazığ; 2016-2019 Erzincan; 201-2017 Gaziantep; 2012-2016 Hatay; 2016 Karaman; 2013-2017 Kayseri; 2012 Konya; 2015 Mersin; 2014 Samsun; 2013-2019 Siirt; 2017-2018 Sinop; 2012-2018 Şanlı Urfa; 2013-2019 Tunceli Çevre Durum Raporları.

³ Sınıf öğrencileri, genel olarak 21-24 yaşlarında olup, Türkiye'nin farklı şehirlerinden gelmektedirler.

⁴ Cevaplar incelendiğinde öğrencilerin neredeyse tamamının düğünleri “kültürel, geleneksel ve toplumsal bir olgu” olarak gördükleri, sadece 11 öğrencinin düğünleri bireysel bağlamda değerlendirdikleri tespit edilmiştir.

⁵ 50 öğrencinin, yani öğrencilerin yaklaşık üçe ikisi düğünlerin kültürün, gelenek ve âdetin bir parçası olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca benzer şekilde düğünün toplumsal bir olgu olduğunu (22 öğrenci), kırsal ve küçük yerlerde sosyalleşme aracı olduğunu (15 öğrenci) belirten öğrencilerde bulunmaktadır. Öğrencilerin 28 tanesi gürültü unsuru olarak belirtmiş, 12 tanesi ise tehlike unsuru olarak belirtmiştir. “Dış mekânda gerçekleştirilen mahalle düğünlerine dair tavır ne olmalıdır?” sorusuna 53 öğrenci, yani öğrencilerin üçte ikisi yasaklanmalı cevabını vermiştir. Bu öğrencilerden 11'i düğün yapmanın hak olduğunu ama toplum düzenini sağlama bağlamında kanunla yasaklanması gerektiğini belirtmişlerdir. 5 öğrenci ise kent yaşamında düğünlerin tahammül ve hoşgörü gösterilemeyecek duruma geldiğini belirtmişlerdir. Sadece 14 öğrencinin yasaklanmaması gerektiğini belirttikleri görülmüştür. Öğrencilerden 12'si düğünlerin bütünüyle yasaklanmaktansa gürültüye veya tehlikeye yol açan bazı unsurlarının yasaklanması gerektiğini, 4'ü düğünlerin süre ve zaman açısından sınırlandırılması ve diğer 4'ü ise gürültünün birtakım önlemler alınarak ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmişlerdir. Rahatsızlık verildiğinde de kolluk kuvvetlerinin düğüne müdahale etmesi gerektiğini belirten öğrenci sayısı 11 iken; 11 öğrenci de düğün sahiplerine idari ceza verilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Cevaplarda tespit edilen bir başka veri ise 42 öğrencinin, düğünler için uygun yerlerin tesis edilmesi gerektiğine dair beyanlarıdır.

Bu çalışmada, mahalle düğünlerinin günümüzde gürültüye dönüşmesinde uluslararası insan hakları konsepti ve iç hukuk düzenlemelerinin, temel neden olduğu savı ileri sürülmekte ve bu sav, ilgili hukuki düzenlemeler ve uygulamalar ile temellendirilmektedir.

Çalışmada öncelikle, düğünlerin gelenek, görenek ve kültür ile bağlantısına değinilmiş, ardından kültürün taşıyıcısı rolünden toplumsal düzeni ve barışı bozan unsura dönüşmesi süreci kentleşme olgusunda devletin politikası merkeze alınarak ortaya konulmuştur. Daha sonra makalenin tezi uluslararası hukuk metinleri ve ilgili iç hukuk düzenlemeleri ile ispat edilmeye çalışılmıştır.

Her ne kadar düğün kavramı, sünnet düğünlerini de kapsıyor ise de bu çalışma evlilik çerçevesinde düğün ve içerdiği ritüeller ile sınırlandırılmıştır. Araştırmada, sağlıklı verilere ulaşma kaygısı ile sorunun farklı taraflarıyla birebir görüşmeler gerçekleştirilmiştir.

II. DÜĞÜNLERİN KÜLTÜRÜN TAŞIYICISI ROLÜNDEN TOPLUMSAL DÜZENİ VE BARIŞI BOZAN UNSURA DÖNÜŞMESİNİN YOLCULUĞU

Kültürler, toplumların tarihi, coğrafı, dini, ekonomik, sosyal ve iklimsel özellikleri temelinde şekillenmektedir. Diğer taraftan toplumların canlı bir varlık olması nedeniyle kültürler, değişim ve dönüşüm süreci de yaşamaktadır. Bu süreç iki türlü gerçekleşmektedir:

Birincisi; kültürel unsurların ortaya çıkmasına neden olan ekonomik, sosyal, coğrafı etkenlerin değişmesiyle bazı kültürel ritüellerin yaşanmasının doğal süreçte ortadan kalkmasıdır. Bir kültürel ritüeli doğuran ya da yaşatan unsurlar ortadan kalktıktan sonra, o ritüelin devam etmesi mümkün değildir, söz konusu ritüel artık kültür tarihinin bir konusudur. Bu duruma örnek olarak Kars yöresinde kış akşamları insanların bir araya gelip sohbet etmeleri için köyde yapılan büyük odalarını köye radyonun gelmesinden sonra yavaş yavaş ortadan kalkması verilebilir. Yine Kars yöresinde küçükbaş hayvancılığın çok önemli olduğu yıllarda koçların yılın belli bir döneminde koyunlarla çiftleştirilmesi olarak adlandırılan “Koç Katımı” etkinliğinin bir şenlik

olarak kutlanmasına karşın hayvan besiciliğinin çeşitlenmesi ile birlikte bu faaliyetin artık şenlik olarak kutlanmaması gösterilebilir.⁶

İkincisi ise devletin ekonomik, siyasi veya sosyal alanda yürüttüğü faaliyetlerdeki tercihleri nedeniyle kültürün değişim ve dönüşüm geçirmesidir. Bu değişim ve dönüşüm ise iki türlü olmaktadır. Birincisi devletin kendisinin tanımladığı kültür kurgusunda yürüttüğü faaliyetler aracılığıyla olmaktadır. Buna örnek olarak devletin kent yaşamı kurgusunda tiyatro, opera, bale, sinema vb. faaliyetleri şehir yaşamının önemli aktiviteleri olarak öne çıkarması ve bu çerçevede bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği kültür merkezleri, spor salonu, parklar ve kütüphaneler gibi alanları temel görevi içerisinde görmesi verilebilir.

İkincisi ise devletin, toplumun yüzyıllardan beri var ettiği kültüre ve onun öğelerine, kültür başta olmak üzere devletin kendisini tanımladığı siyasi, ekonomik, sosyal sistemi ile uyduğu oranda var olma alanı yaratmasıdır. Buna en somut örnek, 1940 ve 50'li yıllar ile birlikte başlayan kentleşme ve kentsel dönüşümde söz konusu mahallin ekonomik, sosyal ve kültürel dokusunda çok önemli yeri olan meydanların yok sayılması verilebilir.⁷ Herkesin katılabildiği aktivitelerin gerçekleştirildiği, geçmiş ile gelecek arasında köprü görevi görmekte olan ve bu yönüyle kent tarihi dokusunda önemli bir yere sahip

⁶ Musa Bilgen, Talan ve Harman Yeri kitaplarında Kars yöresinde gelenek ve göreneklerin nasıl zamanla değişip dönüştüğünü veya ortadan kalktığını anlatmaktadır. BİLGİN, Musa: Harman Yeri, Dorlion Yayınevi, Ankara 2021; BİLGİN, Musa: Talan, Dorlion Yayınevi, Ankara 2021, s. 9 3-101.

⁷ EMRE, Gülder: Kültürel Mirasın Korunması. İstanbul Üniversitesi Uzaktan Eğitim ve Açıköğretim Fakültesi, İstanbul 2017, s.17, 62, https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_bahar/kulturel_mirasin_korunmasi/index.html, Erişim Tarihi: 21.12.2021; YÜCEL, Seher Demet / SALT, Esra: Kültürel Peyzajların Tarihsel Süreç İçerisindeki Değişimlerinin Tespiti: Bursa İznik Örneği, Planlama, Cilt:28, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 40-55, <https://planlamadergisi.org/jvi.aspx?pdire=planlama&pnlng=tur&un=PLAN-46220>, Erişim Tarihi: 31.12.2021.; Emre, hızlı ve kontrolsüz kentleşme ile birlikte kültür ve doğa varlıklarının “ciddi ve önüne geçilemeyen bir yıkım, yok olma süreci” içinde olduğunu belirtmektedir. Yücel/Salt tarafından İznik bağlamında gerçekleştirilen araştırma çalışmasında ise eskiden var olan ürün panayırıları, düğün ve sinema yerlerinin muhafaza edilmemiş olduğu tespit edilmiştir.

olan meydanların ortadan kalkması insanların yaşadıkları mekânı ile kurdukları manevi bağların zayıflamasında önemli bir neden olmuştur.⁸

Kültürlerin en temel taşlarından birisi toplumların yüzyıllarca biriktirdikleri uygulamaların ve deneyimlerin toplamı olan gelenek ve göreneklerdir. Geçmişte 7 gün 7 gece sürdüğü anlatılan düğünler ise müzik, yöresel oyunlar gibi sözlü ve görsel birçok kültürel ritüeli içinde barındırmasıyla gelenek ve göreneklerin kuşaktan kuşağa aktarılmasında önemli bir işleve sahip olmuştur.⁹ Medeniyetlerin beşiği olarak adlandırılan Anadolu’da düğünler, kültürel farklılıklar nedeniyle müzikten dansa birçok özgünlüğü içinde barındırmaktadır. Mahallin ortak mutluluğu olarak yaşanan düğünler, kültürel işlevinin yanında, küskünlerin barışması, imece usulü bir dayanışma ile gerçekleştirilmesi gibi sosyal ve ekonomik birçok işlevi yerine getirmiş ve böylece “biz” olgusunda çok önemli bir role sahip olmuştur.

Kültürün bu kadar önemli bir taşıyıcı olan düğünler ve onların gerçekleştirildiği alanlar, aşağıda ayrıntılı anlatılacağı üzere devletin kültür tanımının kapsamı dışında kalmıştır. Bunun sonucunda da zamanla dış mekânlardan alınıp düğün salonlarında birkaç saate sıkıştırılmış düğünler kültürel işlevinden uzaklaşmış, birçok unsuru budanmış, “verilenlerin iadesi” ve “gösteriş” için bir araç haline gelmiştir.

⁸ YÜCEL / SALT, s. 52

⁹ AYDOĞDU ATASOY, Özlem: Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasında İcracı Kurum T.C Kültür ve Turizm Bakanlığının Çalışmaları Üzerine Bir Değerlendirme (2006-2016), Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/68696/499558.pdf?Sequence=1> Erişim Tarihi: 21.07.2021; TEMİZ, Gürkan / ÇETİNGÖZ, Burçin Cevdet: Somut Olmayan Kültürel Mirasın Sürdürülebilirliği: Anamur’da Düğün Geleneği, ASOS Congress Bildiri Kitabı, Elâzığ 2016, s. 2594-2605, https://www.researchgate.net/publication/315798909_somut_olmayan_kulturel_mirasin_surdurulebilirligi_anamur_da_dugun_gelenegi_sustainability_of_the_intangible_cultural_heritage_the_wedding_tradition_in_anamur, Erişim Tarihi: 20.12.2021.

A. Devletin Kentleşme Politikasındaki Tercihlerinin Dügünlere Yansıması

Dügünlerin kolektif özünden yani sosyal, ekonomik ve kültürel işlevinden uzaklaşması, giderek daha çok bireysel bir olgu ve bireysel bir hak çerçevesinde şekillenmesi, günlerce süren ve geniş alanlarda yapılan düğün ritüellerin birkaç saate ve kapalı alanlara veya apartman aralarına sıkıştırılması süreci 1960'lı yıllara kadar uzanmaktadır. Göreceli olarak homojen bir demografik yapıda, yasin yaşandığı bir ev varken başka bir evdeki mutluluğun ertelendiği kolektif duygular temelinde şekillenen köy ve kırsal kesimlerdeki yaşamda; dış mekânda, söz konusu mahallin meydanında gerçekleşen düğünler, halkın ortak mutluluğu ve kutlaması olarak algılanmaktaydı. Köyden kente göç etmiş olan, aynı köylü ya da şehirlilerin yaşamlarını sürdürdüğü gecekondu mahallelerinde de düğünler, uzun bir dönem kolektif yaşanan bir mutluluk olarak kabul edilmiş, imece usulü yardımlaşma ile kendi özgün ekonomik, sosyal ve kültürel varlığını olabildiğince sürdürmüştür.

1980 sonrası özellikle büyük şehirlerde yaşanan uydu kentler süreci, gecekondu bölgelerinden imarın geçmesi ve kentsel dönüşüm ile birlikte düğünler bakımından iki somut gelişme yaşanmıştır. Bunlardan birincisi; önceden gecekondu mahallelerinde, müstakil evlerin bahçelerinde, trafik olgusunun yaşanmadığı evlerin önlerindeki sokaklarda veya mahallede bulunan ortak alanlarda gerçekleştirilen düğünlerin, kentsel dönüşüm sonrası yan yana dizilmiş, çok katlı binalardan oluşan yaşam alanı planlamalarında bir toplumsal ihtiyaç olarak dikkate alınmamasıdır. Ayrıca kentsel dönüşüm ile söz konusu mahalde var olan kültürel homojenlik dağılırken, imece usulü gerçekleştirilen düğünler o mahallenin ortak bir mutluluğu olmaktan çıkmıştır. İkincisi; 1990'lı yıllardan itibaren site kurgusu ile inşa edilen yeni yaşam alanlarında bu ihtiyaç için uygun bir alanın öngörülmemiş olmasıdır. 2000'li yıllara gelindiğinde ise özellikle büyük şehirlerde görülen konut projelerinde spor salonundan yüzme havuzuna kadar birçok ihtiyaç dikkate alınmış iken bu olgu yine görmezden gelinmiştir.

Tüm bu süreçte kentlerdeki düğünlerde iki gelişme gözlemlenmiştir: Bir taraftan düğünler belli bir saat aralığı için kiralanılan düğün salonlarına sıkıştırılmış, imece gibi sosyal ve ekonomik işlevinden uzaklaşmış düğün sahiplerinin tek başlarına üstlendiği bir faaliyete, kültürel unsurlarından budanmış, her gün biraz daha bireysel çerçevede, gösteriş kaygılarının şekillendirdiği bir merasime dönüşmüştür. Diğer taraftan düğün, kına ve nişan etkinlikleri kentlerde bugün hala sitelerin

ortak alanlarında, site olmayan apartman tipi yerleşim yerlerinde apartmanların önlerindeki sokak aralarında gerçekleşmektedir. İnsanların dışarıda düğün ve ritüellerini gerçekleştirmeye çalışmalarının çeşitli nedenleri vardır: Birincisi, ekonomik olarak daha az gelire sahip olan kesimlerin, düğün yapmak için evinin önü, sokak, site içi mekânları tercih etmesidir. İkincisi, düğün sahiplerinin düğün salonlarında üç dört saate sıkıştırılan düğünlerdense, dış mekânda daha özgür bir ortamda daha uzun zamanda düğün yapma isteğidir. Bu nedenle, son yıllarda “kır düğünü” olgusu ortaya çıkmış, ekonomik durumu uygun olanlar şehir dışında bu düğünleri gerçekleştirmeye başlamışlardır. Üçüncü neden ise gelini kız evinden davul ve zurnayla alma gibi doğası gereği dışarıda yapılan ritüellerin düğünün bir parçası olmasıdır.

Kentlerde düğünün dışarıda gerçekleşmesi durumunda, düğün sahiplerinin mahalle sakinlerine rahatsızlık verme kaygısından düğünün birtakım unsurlarını yerine getirmekten imtina etmesi, ayrıca idare tarafından getirilen sesin desibeli ve zaman sınırı nedeniyle sıkıştırılmış alanlarda var olmaya çalışan mahalle düğünleri de özgünlüklerini ve zenginliklerini her gün biraz daha kaybetmektedir.

B. Mahalle Düğünlerinin Toplumsal Düzeni ve Barışı Bozan Unsura Dönüşmesi

Aynı kattaki sakinlerin bile yaşamlarının birbirine teğet geçtiği apartmanlara ve sitelere sıkıştırılmış kent yaşamında, apartman önlerinde veya sitenin ortak alanında gerçekleştirilen düğünler ve öncesi ritüelleri birçok açıdan toplumsal düzeni ve barışı bozan unsura dönüşmüştür.¹⁰

Düğünler birçok insan için öncelikle gürültüdür. Özellikle, mesafe aralığı çok kısa olan binaların olduğu mahallelerde aynı anda

¹⁰ Şehir merkezinde konumlanan düğün salonlarında benzer durum söz konusudur. Bugün kentlerde düğünlerin çok önemli bir kısmı salonlarda gerçekleştirilmektedir. Önceleri çok sınırlı bir bölgede mahallelerin dışında var olan düğün salonları, yıllarla ve şehrin büyümesi ile hem çok artmış hem de şehir içinde kalmışlardır. Ankara’da 1982 yılından beri düğün salonları işleten XXX, 1982 yılında Ankara Cebeci’de sadece 4 tane düğün salonu var iken, Ankara’da 2019 yılında ruhsatlı 200 ruhsatsız 500 düğün salonu olduğunu belirtmektedir. GÖZLER, Kemal: Sokak Düğünleri ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Zabunoğlu Armağan, Yıl: 2011, s. 352-371.

birden fazla düğünün yapıyor olması ciddi rahatsızlıkları da beraberinde getirmektedir. İkinci olarak düğünler, düğün öncesi gelin alma ve düğün konvoyu gibi ritüelleri ile trafik sıkışıklığına, konvoydaki insanların ve trafikte seyir halinde olan yolcuların yaşamını yitirmesine neden olabilmekte ve toplumsal hayatı sekteye uğratabilmektedir.¹¹ Üçüncü olarak apartman önlerinde veya site ortak alanında yapılan düğünler, diğer insanların günlük rutinlerinin aksamasına, ambulans ya da itfaiye araçlarının geçişinin engellenmesiyle acil oluşabilecek durumlarda hareket alanının kısıtlanmasına sebep olabilmektedir. Kutlama sonrası, ortaya çıkan çevre kirliliğini temizleme çabaları yetersiz kalmakta, havai fişek gibi patlayıcı maddelerin kullanılması özellikle kuşların ölümüne, düğün alanındaki ağaçların lambalarla ışıklandırılması ağaçların yanmasına sebep olabilmektedir.¹² Mahalle aralarında gerçekleştirilen düğünlerden rahatsız olan kimselerin şikâyeti veya müdahalesi çevredekilerin huzurunun bozulmasına yol açabilmektedir. Ayrıca, kutlamalarda eğlencenin ve kalabalığın kontrolsüzlüğü ve maganda kurşunu nedeniyle ortaya çıkan hadiseler daha ağır sonuçları doğurabilmektedir.¹³

Mahalle düğünlerinin toplumsal düzeni bozan bir unsur olmasının etkilerini yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinde, doğrudan ya da dolaylı şekilde görmek mümkündür. İç hukukta, düğünlerin dış mekânlarda yapılmasını doğrudan yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın düğünler, toplumsal barışı ve düzeni bozan sonuçları nedeniyle birçok mevzuatın kapsamına girmektedir. Bu

¹¹ Aksaray'da gurbetçilerin kullandığı otomobil düğün konvoyu ile çarpıştı: 2 ölü. (<https://www.haberler.com>, 2021). Konya valisinden düğün konvoyu uyarısı: Çevreyi rahatsız eden bir şeyin gelenekle ilgisi yok. (<https://www.diken.com.tr/konya-valisinden-dugun-konvoyu-uyarisi-cevreyi-rahatsiz-eden-bir-seyin-gelenekle-ilgisi-yok/>, 2020).

¹² İzmir'de Sokak Düğününde Ormana Doğru Havai Fişekler Atıldı. (<https://www.ensonhaber.com/>, 2021).

¹³ Düğünde Yüksek Ses Kavgası: Ortalık Savaş Alanına Döndü. (<https://www.ntv.com.tr/turkiye>, 2021); Balkonda düğünü izliyordu! Sonrası dehşet. (<https://www.haberturk.com/maganda>, 2021); 2016 yılında Gaziantep'in Şahinbey ilçesinde sokakta yapılan düğünde kalabalığın arasına karışan teröristin üzerindeki patlayıcıları infilak ettirmesiyle 57 kişinin yaşamını yitirmesi, onlarca kişinin ise yaralanmış olması kutlamaya kontrolsüz giriş ve çıkışların ağır bir sonucudur. Gaziantep'te katliam. (<https://www.hurriyet.com.tr/>, 2016).

mevzuatlardan özellikle Belediye Kanunu¹⁴, Çevre Kanunu¹⁵, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu¹⁶ ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği¹⁷ gibi Kolluk Mevzuatı, Kabahatler Kanunu¹⁸ ve bu

¹⁴ Belediye Kanunu madde 51’de belediye zabıtasının, beldede esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olduğu ve bu hususlarda yaptırım uygulayabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle zabıtaya herhangi bir şikâyet durumunda, düğüne müdahale etme yetkisi verilmiştir.

¹⁵ 2872 Sayılı Çevre Kanunu’nun 14. maddesinde; “kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim” yasaklanmıştır. Daha sonra çıkarılan Çevresel Gürültü Değerlendirme Yönetmeliği’nin 5/A maddesine göre düğünler nedeniyle oluşan gürültü “çevresel gürültüler ile çevresel titreşim” olarak kabul edilmiştir. Ancak, ilgili yönetmelikte 2020 yılında yapılan değişiklik ile mahalle düğünlerinden kaynaklanan gürültü “ev faaliyetleri ve komşuların oluşturduğu gürültü” kapsamına alınarak yönetmeliğin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. İlgili düzenlemede fazla gürültü seviyesi için İl Emniyet Müdürlüğü nezaretinde Çevre İl Müdürlüğü denetim ekipleri denetime gitmekte ve gürültü seviyesinin aşılması durumunda da ilgililer hakkında 2872 sayılı Çevre Kanunu gereğince idari para cezası uyguladığı gibi ilgililer hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri uyarınca adli işlem yürütülmesi için Cumhuriyet Başsavcılıklarına suç duyusunda bulunabilmekteydiler. Çevre Gürültüsünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde 18.11.2015 tarihli 29536 sayılı kanun ile yapılan değişiklik, madde 2 ve madde 4/z. 24/12/2020 tarihli ve 31344 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan 2872 Sayılı Çevre Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2021/1) yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁶ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 14. maddesinde saat 24’den sonra şehir ve kasabalarda civar halkının rahat ve huzurunu bozacak surette gürültü yapanların polis tarafından men olunacağı, bu yasağı dinlemeyenler hakkında Ceza Kanununun 546. maddesine göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. Burada zabıttadan izin alınmak suretiyle bu düzenlemeden müstesna olacak faaliyetler olarak düğün de belirtilmiştir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (1934, 14 Temmuz). Resmî Gazete (Sayı: 2751). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf>.

¹⁷ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin “Gürültünün yasaklanmasına ilişkin görevler” başlıklı 21 ve 31. maddesi. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği (2017, 21 Ocak). Resmî Gazete (Sayı: 29995). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.20169741.pdf>.

kanunlara ilişkin yönetmelikler önemlidir. Ayrıca düğün nedeniyle ortaya çıkan trafik suçları, tehdit, kavga, silah kullanma, adam öldürme ve diğer suç unsurları da Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle mahalle düğünlerinde meydana gelen birçok olay yargıya intikal etmiş¹⁹, ateşli silah kullanımı başta olmak üzere²⁰ suç aletlerinin

¹⁸ Kabahatler Kanunu çerçevesinde başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye idari para cezası uygulanması öngörülmüştür. Kabahatler Kanunu madde: 36/1. Kabahatler Kanunu (2005, 31 Mart). Resmî Gazete (Sayı: 25772 Mükerrer). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5326.pdf>.

¹⁹ Ankara BAM, 2. CD., E.2018/1277-K.2019/846, T.5.4.2019. Ankara Batı 1. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen bir davada, düğünden bir gün önce aynı binada yaşayan düğün sahibi ve komşusu arasında düğün için getirilen hoparlörün komşunun camına izinsiz olarak yerleştirilmesi ve sonrasında rahatsızlığa rağmen kaldırılmaması nedeniyle başlayan tartışmanın, şikâyet üzerine gelen polisin düğün müziğini kapatması ve akabinde polisin olay yerini terk etmesinin ardından düğünün tekrar başlatılması ile sonuçlanmış, bunun üzerine komşunun karakola giderek tekrar şikâyetçi olması neticesinde ise saldırıya uğraması ve sonucunda hayatını tehlikeye sokacak şekilde yaralanması ile kasten öldürmeye teşebbüs suçunun meydana geldiği görülmektedir. Yargıtay, Kırşehir’de bir düğünde alkollü şekilde ruhsatsız tabancasıyla ateş eden ve bir kişiyi öldüren magandaya verilen cezayı bozarak kasten adam öldürme suçlamasıyla yargılanmasını istedi ve dosyayı mahkemeye gönderdi. Söz konusu karar bu gibi davalarda emsal teşkil edecek. (<https://kirsehirhaberturk.com/>, 2021)Düğünde havaya ateş açıp, davetliyi öldüren magandaya 18 yıl hapis. (<https://www.sabah.com.tr/>, 2019).

²⁰ Özellikle maganda kurşunu hadisesi, sonuçları bakımından her daim vahametini korumakla birlikte önüne bir türlü geçilemeyen bir durum olarak mevcudiyetini korumaktadır. Örneğin, Yargıtay 1. Ceza Dairesinde görülen davada, sanığın havaya tabanca ile ateş etmesi sonucunda bir çocuk hayatını kaybetmiş. Yargıtay 1. CD., E.2016/5419-K.2018/1724, T.11.4.2018. Yine aynı Dairede görülen başka bir davada da benzer şekilde maganda kurşunu ile bir kişinin hayatını kaybettiği görülmektedir. Yargıtay 1. CD., E.2019/3510-K.2019/5625, T.18.12.2019. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna konu olan başka bir olayda da yine eğlence amacı ile havaya sıkılan kurşunlar nedeniyle bir çocuğun hayatını kaybettiği kayıt altına alınmıştır. Yargıtay CGK., E.2016/545-K.2020/316, T.25.6.2020 Yargıtay Başkanlığı. (2018). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Ankara: Yargıtay Başkanlığı.

kullanılması nedeniyle genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması,²¹ yaralama ve öldürme gibi suçların düğün mahallinde sıklıkla işlendiği mahkeme kararlarında kayıt altına alınmıştır. Zabita, polis ve jandarma gibi kolluk güçleri, düğünlerin bir taraftan toplumsal gelenek ve görenek olması diğer taraftan toplumsal düzeni ve barışı bozan bir unsur olması karşısında hukuki düzenlemeler ile toplumsal gerçeklik arasında bırakılmışlardır. Görevliler bu dengeyi sağlamaya çalışırken, çoğu zaman etkili önlem almadıkları ya da alamadıkları için eleştirilmektedirler. Gözler, bu durumlarda *“çeşitli sosyal ve psikolojik faktörler nedeniyle, polis ve zabita şu ya da bu şekilde, bu tür güdültüye müdahale etmekten kaçınmaktadır,”* demektedir.²²

III. GELENEK VE GÖRENEKLERİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE İÇ HUKUK TEMELİNDE KÜLTÜREL HAK OLARAK GÖRÜNÜRLÜĞÜ

Kültür, farklı bilim dalları açısından farklı tanımlamalara tabidir.²³ Hukuk perspektifinden kapsayıcı bir tanım yapıldığında kültür üç farklı unsuru kapsamaktadır. Bunlardan biri insanlığın kültürel maddi birikimidir. Bir diğeri sanat ve bilim alanında hem üretim süreci hem de üretilen eserlerdir. Sonuncusu ise bir sosyal grubu diğer sosyal gruplardan ayıran maddi ve manevi faaliyet, ürün, inanç, düşünce ve yaşam biçimini içine alan gelenek ve göreneklerin tümüdür.²⁴ Üçüncü unsur olarak belirtilen gelenek ve görenekler ilk iki kültür unsurunun önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.

²¹ Ankara BAM, 8. CD., E.2018/1291-K.2020/863, T.20.03.2020.

²² GÖZLER 2011, s.357.

²³ ARAL, Berdal: Üçüncü Kuşak Haklar Olarak Kolektif Haklar, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010, s. 9; EMRE, Erişim Tarihi: 21.12.2021. UNESCO'nun 1982 yılında Mexico City Kültür Politikalarına dair Bildirgesi'nde kültür şu şekilde tanımlanmıştır. “En geniş anlamıyla kültür bir toplumu veya sosyal grubu karakterize eden ayırt edici manevi, maddi, entelektüel ve duygusal özelliklerin bütünüdür. Sadece sanatı ve edebiyatı değil, yaşam tarzlarını, insanın temel haklarını, değer sistemlerini, gelenekleri ve inançlarını da kapsar.” Mexico City Kültür Politikaları Bildirgesi, 26 Temmuz-6 Ağustos Dünya Kültür Politikaları Konferansı.

²⁴ ARAL, 2010: s. 191-193.

İnsan Hakları Konseyi'nin tanımladığı gibi, kültürel haklar, “evrensel, bölünmez, birbiriyle ilişkili ve birbirine bağımlı insan haklarının ayrılmaz bir parçası”dır.²⁵ Buna karşın uluslararası hukukta kültürel hakların tanımına ve hangi hakların kültürel haklar olduğuna dair doğrudan bir düzenleme söz konusu değildir.²⁶ Donders'in kültürel haklar tanımı dikkate alındığında, kültürel haklar; “geniş anlamda, bireylerin ve toplulukların kültürel çıkarlarını doğrudan teşvik eden ve koruyan, kültürel kimliklerini koruma, geliştirme ve değiştirme kapasitelerini geliştirmeyi amaçlayan insan hakları” olarak tanımlanabilir.²⁷

Çalışmanın bu bölümünde mevcut uluslararası insan hakları konseptinde ve iç hukukta genel olarak kültürel hak özelde gelenek ve göreneklerin daha özelde de düğünlerin hukuki olarak ne kadar korunduğu ortaya konulacaktır.

A. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda “Gelenek ve Göreneklerin” Kültürel Hak Düzenlelerinde Yeri

Uluslararası insan hakları hukukunu oluşturan temel metinler II. Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkmıştır. Her ne kadar II. Dünya Savaşı sonrası oluşturulan uluslararası hukuk sisteminin en temel metni Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ise de söz konusu sözleşmede insan hakları ile ilgili düzenlemeler sınırlıdır. İnsan hakları ve kültürel hak çerçevesinde sözleşme incelendiğinde, insan hakları kavramının içerik bakımından ayrıntıya girilmeden, bireysel ve negatif haklar temelinde 7 kez kullanıldığı görülmüştür.²⁸ Kültürel hak kavramının yer almadığı sözleşmede kültür kavramı ise, sadece “ekonomik, sosyal, kültürel”

²⁵ DONDERS, Yvonne: Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration, Japanese Yearbook of International Law, Sayı: 62, Yıl: 2019, s. 64-67; Benzer düzenlemeyi, Kültürel Çeşitliliğin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nin önsözünde bulmak mümkündür. “Kültürel çeşitliliğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ve evrensel olarak tanınan diğer belgelerde beyan edilen insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirilmesi için taşıdığı önemi takdir ederek...”; Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması Ve Geliştirilmesi Sözleşmesi, 2005.

²⁶ DONDERS 2019, s. 63.

²⁷ DONDERS 2019, s. 63-64.

²⁸ Önsöz; Amaçlar ve İlkeler başlıklı madde 1(3); Madde 11(3) b; Madde 55(c); Madde 62(2); Madde 68; Madde 76/c.

nitelikteki sorunları çözme ya da bu alanlarda uluslararası iş birliğini sağlama amacına binaen 6 kez kullanılmıştır.²⁹

Daha sonraki yıllarda birçok insan hakları metinleri ortaya çıkmıştır. Bu metinlerin bazılarında kültürel hak doğrudan düzenlenmiştir. Bazılarında ise çeşitli insan hakları düzenlemeleriyle ilintilendirilmiştir.³⁰ Burada konu bağlamında önce kültürel haklar daha sonra da gelenek ve görenekler bağlamında düzenlemeler içeren, Türkiye'nin de taraf olduğu temel uluslararası insan hakları hukuku metinleri incelenerek kültürel hakkın yeri, kapsamı ve muhatabına dair düzenlemelerden mevcut insan hakları konseptinde kültürel hakkın çerçevesi ve çerçevede gelenek ve göreneklerin konumlanması ortaya konulmuştur.

1. Kültürel Haklar Bağlamında İnsan Hakları Metinleri

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, her ne kadar bağlayıcılığı olmasa da, ilk uluslararası insan hakları belgesi olarak kendisinden sonraki birçok insan hakları belgelerine kaynaklık etmiştir. Bireysel haklar temelinde hazırlanmış olan Bildirge'nin 22'inci ve 27'inci maddelerinde kültürel haklar ile ilgili düzenlemeler mevcuttur.

Madde 22'de "*herkes insan onuru ve kişiliğinin özgür gelişmesi bakımından vazgeçilmez olan ekonomik, toplumsal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir*", denilmektedir. Bu düzenlemede konu bağlamında üç husus önemlidir. Birincisi, kültürel hakkın "herkes" kavramı kullanılarak, bildirgenin bütününde olduğu gibi bireysel hak olarak tanımlanmasıdır. İkincisi, insan onuru ve kişiliğinin özgür gelişmesi için kültürel hakların vazgeçilmez olduğunun kabul edilmesidir. Son olarak ise maddenin devamında, devletin bu haklar açısından yükümlüğünün "*devletin örgütlenme ve kaynakları*" ile sınırlandırılmış olmasıdır.³¹

²⁹ Madde 1/3; 13/1/b; 55; 57; 62/1.

³⁰ Örnek olarak Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28, 29, 30, 31. Maddelerinde çocuk hakları kültür temelli düzenlemiştir. Yine Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi 18. ve 19. Maddeleri.

³¹ Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi madde 22.

Madde 27/1’de ise kültürel yaşama katılma hakkı düzenlenmiştir.³² Bu düzenleme de bireysel hak temellidir. Madde 28 ise; *“Her insan bu bildiride yer alan hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla kullanılabilceği bir toplumsal ve uluslararası düzende yaşama hakkına sahiptir”* denilmiştir. Bu maddede “her insan” ifadesi ile kültürel hakkın bireysel hak boyutuna, bu hakkın kullanılması için uygun “toplumsal ve uluslararası düzen” ifadesi ile de uluslararası hukukun aktörlerine vurgu yapılmıştır.

1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHS) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHS) kültürel hak bağlamında önemli diğer iki uluslararası metindir. Bu metinlerin, 1960’lı yıllarla birlikte siyasi ve ekonomik olduğu kadar kültürel anlamda da sömürden kurtularak tam bağımsızlığını kazanmak isteyen Afrika ve Asya’da kurulmuş olan devletlerin, Birleşmiş Milletler’de insan hakları ile ilgili aktif olduğu dönemde yapılması önemlidir. Her iki sözleşmenin de Önsöz’ünde, Evrensel İnsan Hakları Bildirisine benzer şekilde diğer hakların yanında kültürel hakların kullanılabilceği şartların yaratılması halinde özgür insan ideale ulaşılabilceği belirtilmiştir. Her iki sözleşmenin ilk maddesinde hakların kendi kaderini tayin hakkı düzenlenmiş olmasına karşın zamansal konjunktürden kaynaklı bu hak, öz itibari ile devletlerin bağımsızlığı bağlamında ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelere vurgu yapmış, kültür kapsam dışında bırakılmıştır. MSHS’de “kültür” kavramının kullanıldığı ikinci düzenleme azınlıklar ile ilgilidir. Madde 27’de “Azınlıkların Korunması” başlığı altında azınlık mensuplarının *“kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme, ya da kendi dillerini kullanma hakkından yoksun”* bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu madde de esasen kolektif hak olan azınlık haklarının bireysel hak temelinde düzenlenmesini içermektedir.

ESKHS her ne kadar kültürel haklar bağlamında özel bir sözleşme ise de, kültürel haklara dair düzenlemeler diğer haklara göre çok daha sınırlıdır.³³ Kültürel hakka dair doğrudan tek düzenleme

³² Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi madde 27/1.

³³ 31 maddeden oluşan İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde kültürel haklar ile ilgili doğrudan tek düzenleme 15. maddedir. Cinsiyet eşitliği bağlamında 3. Maddede ve çalışma hakkı bağlamında 6. Maddede kültür ve kültürel haklara değinilmiştir.

“Kültürel Yaşama Katılma Hakkı” başlıklı 15. maddedir.³⁴ Maddenin başlığının somut olarak gösterdiği üzere kültür bu sözleşmede de bireysel bir hak olarak tanımlanmıştır ve madde içerisinde kültürel yaşama katılma hakkının yanına da korunan değerler olarak bilimsel, edebi, sanatsal değerler belirtilmiş, gelenek ve göreneklere dair bir ifadeye yer verilmemiştir.³⁵ Maddenin 2. fıkrasında devletin kültürel yaşama katılma hakkı yönünde alacağı tedbirlerin “*bilimin ve kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması için gerekli olan tedbirleri*” kapsadığı belirtilerek, devlet aktör olarak tanımlanmış, pozitif eylemde bulunması yükümlülüğü belirtilmiş, bu yükümlülüğün çerçevesini de devletlerin mevcut kaynaklarının çizdiği belirtilmiştir.³⁶

Yukarıdaki veriler bir bütün olarak incelendiğinde şu tespitlerin yapılması mümkündür:

Öncelikle kültür, varlığının ancak bir grubun veya topluluğun varlığına dayanmış olması bu nedenle de her ne kadar bireysel haklar boyutu bulursa da birincil derecede kolektif boyutu söz konusu iken yukarıda incelenen metinlerde kültürel hak sadece bireysel boyutu ile tanınmıştır.³⁷ Literatürde kolektif kültürel haklar üç ana başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar; a) Bir halkın kültürel kimliğini koruma ve geliştirme hakkı; yabancı bir kültürün istilasından korunma hakkı, b) bir halkın kültürel mirasından, tarihi eserlerinden ve sanatsal kalıtlarından mahrum olmama hakkı, c) bir etnik ya da dini azınlığın dilini, dinini ve kimliğini koruma hakkı.³⁸ Gelenek ve göreneklerin yaşatılması hem bir halkın kültürel kimliğini koruma ve geliştirme hakkı hem de etnik veya dini azınlığın kimliğini koruma hakkı kapsamında kolektif kültürel bir haktır.³⁹ Uluslararası insan hakları literatüründe III. Kuşak haklar olarak

³⁴ İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi 15. Madde Kültürel Yaşama Katılma Katkı.

³⁵ ARAL, 2010, s.197.

³⁶ İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 2.

³⁷ ARAL, Berdal, 2010, s. 13; GÖZLER, 2018, s.154-155.

³⁸ ARAL, 2010, s.194.

³⁹ ARAL, Berdal, 2010, s. 191-223; ALGAN, Bülent: Rethinking “Third Generation of” of Human Rights, Ankara Law Review, Sayı: 1, Yıl:2004, s.129, 131-136, 154, 194. Düşün muhatap bakımından aynı zamanda “özel yaşamın korunması” hakkından kaynaklı bireysel bir hak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, madde 13; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 8 “Özel ve Aile Hayatına Saygı”.

tanımlanan kolektif haklar mevcut insan hakları konseptinde yumuşak hukuk olarak kabul edilmektedir. Bu gerçeklikle ilintili olarak, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün insan hakları ve kültürel alandaki faaliyetlerinde yetkili olan organlarının Genel Kurul ve Ekonomik ve Sosyal Konsey olması, bu organlarında da kararlarının bağlayıcı olmaması bu bağlamda önemli bir veridir.

Diğer önemli husus kültürel haklar bağlamında devletin yükümlülüğüdür. Bilindiği üzere insan hakları, devletin yükümlülüğünün kapsamı dikkate alındığında negatif ve pozitif haklar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴⁰ Negatif haklar devletin söz konusu hakka dokunmama yükümlülüğü olarak tanımlanırken pozitif haklar “bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânı tanıyan haklar” olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ Mevcut insan hakları literatüründe, kültürel haklar, ekonomik ve sosyal haklar ile birlikte II. kuşak haklar kategorisinde “pozitif haklar” olarak tanımlanmaktadır.⁴² Fakat burada çok önemli bir husus kültürel hakların negatif boyutudur. Yani kültürel haklar negatif haklar ve pozitif hakların toplamından mı oluşmaktadır yoksa sadece pozitif hakların sunduklarından mı yararlanmaktadır? Yukarıdaki ilgili metinlerde açıkça görülmektedir ki kültürel haklar negatif haklar ve pozitif haklar olarak değil sadece pozitif haklar olarak öngörülmüştür.⁴³ Bu bağlamda devletin sorumluluğunun yukarıdaki metinlerde devletin örgütlenme ve kaynakları ile sınırlandırılmış olması bunun somut görünümüdür. Bir başka deyişle kültürel haklar bağlamında devletin dokunmama yükümlülüğü yoktur. Kültürün en temel yapı taşı olan gelenek ve göreneklerin korunmasında ise negatif hakkın varlığı olmazsa olmazdır.

⁴⁰ GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Etkin Yayınları, Bursa 2018, s. 152-154.

⁴¹ GÖZLER, 2018, s. 152-154.

⁴² GÖZLER, 2018, s. 156-161.

⁴³ GÖZLER, 2018, s. 157. Kemal Gözler de bu soruya “bu haklar devlete karışmama ödevi değil, eylemde bulunma, harekete geçme, açıkçası bir hizmet sağlama ödevi yüklemektedir”, demektedir.

2. Gelenek ve Görenekler Bağlamında Kültürel Haklar ile İlgili İnsan Hakları Metinleri

Kültürel hak bağlamında gelenek ve görenekleri de kapsayacak ilk uluslararası belge 1966 yılında Unesco Genel Konferansı'ndan sonra Uluslararası Kültürel İşbirliğine dair İlkeler Bildirisidir.⁴⁴ Bağlayıcılığı olmayan bu bildirin 1'inci maddesinde “*her kültürün saygı duyulması ve korunması gereken bir değeri ve kıymeti olduğu*” belirtilerek kültürün kolektif özelliğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca 1. maddede özellikle de 2. maddede kültürün dallarının birbirine üstünlüğünün olmadığı bu dalların ancak yan yana ve dengeli varlığı halinde insanlığın entelektüel ve ahlaki gelişimi arasında uyumlu bir denge kurulacağı belirtilmiştir. Bu vurgu gelenek ve göreneklerin muhafazası açısından önemlidir fakat karar tavsiye niteliğinde olduğu için bağlayıcı değildir.

Gelenek ve göreneklerin konu olduğu iki önemli sözleşme Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi ve Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması Sözleşmesidir.⁴⁵ Burada önce bu sözleşmelerin konu bağlamında temel çerçevesi ortaya konulacak sonra da veriler ışığında değerlendirme yapılacaktır.

a. Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi

Tıpkı ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda olduğu gibi gelenek ve göreneklerin korunmasında da Batı dışındaki devletler önyak olmuştur. İlk kez 1973 yılında Bolivya hükümeti, Evrensel Fikri Haklar Sözleşmesi'ne bir protokol eklenmesini ve böylece gelenek ve göreneklere denk gelen folklorun uluslararası mecrada korunmasını talep etmiştir.⁴⁶ Söz konusu talep uluslararası alanda gelenek ve görenekler üzerine çalışmaların başlamasına vesile olmuştur. Bu çalışmalarda hem

⁴⁴ Unesco Genel Konferansı Uluslararası Kültürel İş birliği Prensipleri Bildirgesi, 14. Unesco Genel Konferansı, Paris, 4 Kasım 1966. UNESCO's Standard-Setting Instruments, IV.C. (1994), <http://hrlibrary.umn.edu/instrree/u2dpicc.htm>.

⁴⁵ 1972 yılında imzalanan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme somut kültürel mirası konu almış olduğundan inceleme kapsamının dışında bırakılmıştır.

⁴⁶ OĞUZ, Mehmet Öcal: Somut Olmayan Kültürel Miras ve Kültürel İfade Çeşitliliği, Milli Folklor Dergisi, Sayı: 82, Yıl: 2009, s. 6.

içerik hem de kavram üzerine çeşitli tartışmalar yaşanmış,⁴⁷ folklor yerine “geleneksel ve popüler kültür”, “popüler kültür”, “geleneksel kültür ve folklor” ve “somut olmayan kültürel miras” kavramları kullanılmıştır.⁴⁸1982 yılından itibaren UNESCO önderliğinde, birçok konferans düzenlenmiş, bu konferansların ardından 2003 yılında da Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu sözleşme somut olmayan kültürel mirasın korunması konusunda bağlayıcılığı olan çok taraflı tek antlaşmadır.⁴⁹

Sözleşmede somut olmayan kültürel miras “*toplulukların, grupların ve kimi durumlarda bireylerin, kültürel miraslarının bir parçası olarak tanımladıkları uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler, beceriler ve bunlara ilişkin araçlar, gereçler ve kültürel mekânlar*” olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Somut olmayan kültürel mirasın kapsamı ise a) somut olmayan kültürel mirasın aktarılmasında taşıyıcı işlevi gören dille sözlü gelenekler ve anlatımlar, b) gösteri sanatı, c) toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şöenler, d) doğa ve evrenle ilgili bilgi ve uygulamalar ve son olarak e) el sanatlar geleneği olmak üzere 5 başlık altında belirtilmiştir.⁵¹

⁴⁷ Temel tartışmalardan birisi folklor” kavramıdır, kavramın çeşitli dillerde farklı anlamlara karşılık gelmesi, sadece köy ile ilintilendirilmesi ya da kavrama negatif anlamlar yüklenmesi gibi birçok nedenden dolayı süreç içerisinde farklı kavramlar önerilmiştir. Bu alandaki çalışmalarda 1982 yılında UNESCO’da kurulan konuyla ilgili birime “gayri maddi miras” (patrimoine non-matériel) denilmiş, UNESCO’nun 1987 yılında gerçekleşen 24. Genel Konferansında ise “Folklorun Korunması” kavramı kullanılmış, 1989 -1999 yılları arasında gerçekleştirilen çalışmalarda “geleneksel ve popüler kültür” kavramı kullanılmıştır. Daha sonraki süreçlerde, “popüler kültür”, “geleneksel kültür ve folklor”, “somut olmayan kültürel miras” terimleri kullanılmış, daha sonraki süreçte ve sözleşmede “somut olmayan kültürel miras” kavramı kullanılmıştır. (Oğuz, Terim Olarak Somut Olmayan Kültürel Miras, 2013:s. 5-13).

⁴⁸ KARABAŞA, Solmaz: Uygulamaları Açısından Somut Olmayan Kültürel Miras ve Folklor, Folklor ve Edebiyat, cilt: 20, Sayı: 80, Yıl: 2014, s. 101-102.

⁴⁹ KARABAŞA, s.101; EMRE, s. 15-21; OĞUZ, 2013, s. 5-13.

⁵⁰ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 2/1.

⁵¹ TÜRKER, Ali / ÇELİK, İsa: Somut Olmayan Kültürel Miras Unsurlarının Turistik Ürün Olarak Geliştirilmesine Yönelik Alternatif Öneriler, Yeni

Somut olmayan kültürel miras tanımı ve kapsamı dikkate alındığında sözleşmenin, gelenek ve göreneklerin ve onların maddi, sözselsel ve görsel ürünlerini kapsadığı somut bir gerçekliktir. Her ne kadar bu alandaki literatürde düğünler “toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şölenler” başlığı altında değerlendirilse de aslında bir çok kültürel unsur, sosyal işlevi ve ekonomik dayanışmayı içeren düğünler bu beş unsurun da kapsamına girmektedir.⁵²

Önsöz bölümünde küreselleşme ve sosyal değişimin somut olmayan kültürel miras üzerindeki olumsuz etkisine vurgu yapılan sözleşmede⁵³ amaç olarak, “somut olmayan kültürel mirası korumak, söz konusu mirasa saygı göstermek” belirtilmiştir.⁵⁴ Koruma kavramı “somut olmayan kültürel mirasın yaşaya bilirlüğünü güvence altına alma” olarak tanımlanmış, unsurları olarak da kimlik saptaması, belgeleme, araştırma, muhafaza, koruma, geliştirme, güçlendirme, eğitim aracılığıyla kuşaktan kuşağa aktarma ve bu kültürel mirasın değişik yanlarının canlandırılması belirtilmiştir. Buna karşın “söz konusu mirasa saygı göstermek” tanımlanmamıştır.⁵⁵

Sözleşmede hem genel hem de kültür özelinde insan hakları belgelerine atıfta bulunmuştur.⁵⁶ Buna karşın devletler⁵⁷ ve diğer

-
- Fikir Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 9, Yıl: 2012, s. 89; Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 2/2.
- ⁵² Nişan, düğün, doğum, nevrüz gibi kutlamaları sadece toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şölenler unsuruna sokan çalışmalara örnek. ARIOĞLU, İbrahim Ethem / AYDOĞDU ATASOY, Özlem: Somut Olmayan Kültürel Miras Kapsamında Geleneksel El Sanatları ve Kültür ve Turizm Bakanlığı, Turkish Studies, Cilt:10, Sayı: 16, Yıl: 2015, s.109-126, <https://turkishstudies.net/DergiTamDetay.aspx?ID=9058>, Erişim Tarihi: 31.12.2021; AYDOĞDU ATASOY, 2018; TÜRKER, Ali / ÇELİK, İsa, s. 86-98.
- ⁵³ Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi Önsözünde, Küreselleşme ve sosyal değişim süreçlerinin, topluluklar arasında diyalogu yenileme koşullarını oluşturmakla birlikte, hoşgörüsüzlük olgusuna neden olduğu belirtilmiştir.
- ⁵⁴ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 1/c.
- ⁵⁵ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 2/3.
- ⁵⁶ 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, 1966 Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine, 1966 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine atıfta bulunulmuştur.

uluslararası yapılar kültürün korunmasında aktör olarak görülmüştür.⁵⁸ Kültürün asıl var edicisi olan topluluklar veya gruplar “Topluluk, Grupların ve Kişilerin Katılımı” hususunu düzenleyen 15. madde de bu faaliyetlere katılan olarak tanımlanmıştır.

Devletin sorumluluğunu düzenleyen toplam 5 madde (madde 11-15) incelendiğinde korumanın kapsamı ve sınırı somut olarak ortaya çıkmaktadır. Madde 11/a’da “Kendi toprağı üzerinde bulunan somut olmayan kültürel mirasın korunmasını güvence altına almak için gerekli önlemleri alacaktır” ifadesine yer verilmiştir. Korunmasını güvence altına almanın ne anlama geldiğı hususunda devam eden ilk maddede (madde 12) tek bir kalem olarak “kültürel mirasın envanterini hazırlama” hususunun düzenlenmesi önemlidir.⁵⁹ “Diğer Koruma Önlemleri” başlığı altında Madde 13’te devletin genel politika belirlemek, plan programlarına kültürel mirasın korunmasını dâhil etmek, kurumlar belirlemek ve kültürel mirasın eğitimi ve idaresi ve ilgili kurumlarını oluşturmak, madde 14’te eğitim, duyarlılığın ve kapasitenin güçlendirilmesi düzenlenmiştir. Madde 13’te ayrıca “kimlik saptama, belgeleme, araştırma, inceleme ve dokümantasyon merkezi kurmak” devletin sorumluluğı kapsamında belirtilmiştir.

Bu sorumluklar ile madde 12’deki “kültürel mirasın envanterini hazırlama” sorumluluğı birlikte değerlendirildiğinde sözleşmenin önemli amaçlarından birinin belki en önemli amacının gelenek ve göreneklerin araştırılması ve ürünlerinin kayıt altına alınması olduğı söylenebilir. Gelenek ve göreneklerin kendi özgün koşullarında bir bütün olarak korunmasına dair yine madde 13’te “muhafaza ve koruma” kavramları ve “mirasın kendi özgün geleneksel uygulamalarına saygı göstermek ve bu mirasa ulaşılmasını güvence altına almak” ifadesi önemlidir. “Geliştirme ve güçlendirme” ifadeleri de devletin var olan gelenek ve göreneğın muhafazası için pozitif eylemde bulunma yükümlülüğü olarak algılanabilir. Fakat gelenek ve göreneklerin kendi özgün koşullarında bir bütün olarak korunmasına dair düzenlemeler için herhangi bir enstrüman

⁵⁷ Bölüm III’te, somut olmayan kültürel mirasın korunmasında devletlerin kendi ülkeleri bağlamında sorumlukları düzenlenmiştir. 11. maddede, her devletin “somut olmayan kültürel mirasın korunmasını güvence altına almak için gerekli önlemleri” alacağı belirtilmiş ve sorumluluğunun kapsamı düzenlenmiştir.

⁵⁸ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 1/c.

⁵⁹ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 12.

öngörülmemiştir. Aslında bağlamında korunmayan gelenek ve görenek unsurlarının varlığını gerçekte sürdürmesi mümkün değildir. Lenzerini, bu nedenle bu sözleşmenin 1972 Dünya Mirası Sözleşmesi'nin tersine, operasyonel kısmının somut olmayan mirasın özelliklerine uygun şekilde korunmasını sağlamak için yetersiz kaldığını belirtmektedir.⁶⁰

Sözleşmede Bölüm IV'de 16 ve 18. maddeler arasında, uluslararası düzeyde somut olmayan kültürel mirasın korunması hususu düzenlenmiştir. Maddeler incelendiğinde ilk iki maddenin (madde 16, İnsanlığın Somut Olmayan Kültürel Mirasının Temsili Listesi, madde 17 Acil Koruma Gerektiren Somut Olmayan Kültürel Miras Listesi) yine gelenek ve göreneklerin unsurlarının kayıt altına alınmasının öncelendiği görülecektir. Uluslararası düzeyde son düzenleme ise Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Programları, Projeleri ve Etkinlikleri (madde 18) hususudur. Diğer bölümlerde ise sözleşmenin uygulanması, gelenek ve göreneklerin unsurlarının kayıt altına alınması ile ilgili enstrümanlara dair düzenlemeler yer almıştır. Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanması amacıyla da Taraf Devletler Genel Kurulu oluşturulmuştur.⁶¹

b. Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi

Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi'nden iki yıl sonra imzalanan Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi, metin bazında gelenek ve görenekleri kapsamına alan ikinci önemli bağlayıcı uluslararası sözleşmedir. Gelenek ve görenekler açısından önemli düzenlemelerden biri “grupların ve toplumların kültürlerinin ifade bulduğu biçimlerin çeşitliliği” olarak tanımlanan “kültürel çeşitlilik” ifadesidir.⁶² Yine 1. maddede “kültürel ifadelerin çeşitliliğini korumak ve geliştirmek, kültürlerin gelişmesi ve kimlik, değer ve anlam araçları olarak kültürel etkinliklerin, malların ve

⁶⁰ LENZERİNİ, Federico: Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples. *European Journal of International Law*, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 117-118.

⁶¹ Bölüm V'de Uluslararası İşbirliği ve Yardım, Bölüm VI'da ise Somut Olmayan Kültürel Miras Fonu hususunu düzenlemiştir.

⁶² Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi madde 4.

hizmetlerin kendine özgü niteliğini tanımak” sözleşmenin amaçlarından biri olarak belirtilmiştir. Gelenek ve görenekler bağlamında sözleşmedeki koruma kavramı “kültürel ifadelerin çeşitliliğinin muhafaza edilmesini, korunmasını ve geliştirilmesini amaçlayan önlemlerin alınması” ifadesi de önemlidir.⁶³ Sözleşmedeki gelenek ve görenekleri kendi özgünlüğünde muhafaza bağlamında bu düzenlemeler yer almasına karşın sözleşmede bu konuda ayrıntılı düzenlemelerin olmadığı ve bu amacın gerçekleştirilmesi için herhangi bir enstrümanın öngörülmediği görülmektedir. Hatta sözleşmedeki birçok düzenleme gelenek ve göreneklerin bir bütün olarak yaşatılmasını sözleşmenin kapsamı dışında bırakmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilki devletlerin egemenlik hakları çerçevesinde sözleşmeyi uygulayabileceklerinin belirtilmiş olmasıdır.⁶⁴ Böylece ulus devlet konsepti temelinde şekillenen devletin iç hukukuna atıfta bulunmakta ve ancak iç hukukun izin verdiği çerçevede kültürel çeşitliliğin korunacağı vurgulamaktadır. Diğer düzenleme sözleşmedeki insan haklarına dair ifadelerdir. Öncelikle önsözde kültürel çeşitliliğin insan hakları ve temel özgürlükler bakımından önemine vurgu yapılmış olması ve burada da uluslararası insan haklarını belgelerinin belirtilmiş olması gelenek ve göreneklerin bir bütün olarak korunması çerçevesinde referans olarak düşünülebilir. Fakat “Rehber İlkeler” başlığı altında madde 2’de düzenlenen “İnsan haklarına ve Temel Özgürlüklere Saygı İlkesi” kültürel çeşitliliği, bireysel hak kapsamında sınırladığından kolektif kültürel hak olan gelenek ve görenekler bu kapsama girmemektedir.⁶⁵ Hatta ilgili düzenlemede geçen, “*bireylerin kültürel ifadeleri seçebilme imkânının garanti altına alınması*” hakkı doğrudan bireysel kültürel hak iken “*ifade, bilgi ve iletişim özgürlüğü*” ifadeleri ise kültür ile ilintili haklardır.

⁶³ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi madde 4/7.

⁶⁴ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi madde 1 ve 2/2.

⁶⁵ Bu gerçekliği, “Kültürel çeşitlilik ancak ifade, bilgi ve iletişim özgürlüğü gibi insan hakları ve temel özgürlükler ve bireylerin kültürel ifadeleri seçebilme imkânı garanti altına alınırsa korunabilir ve geliştirilebilir” ifadesinde somut olarak görmek mümkündür.

Bir başka husus sözleşmede kalkınma ile kültür ilişkisine birçok kez vurgu yapılmış olması⁶⁶, kalkınma, kültür endüstrisi ve sürdürülebilir kalkınmaya dair birçok düzenlemenin yer almasıdır.⁶⁷ Sözleşmede insan haklarına dair sadece Önsöz ve madde 2’de düzenlenme söz konusu iken, kalkınmaya dair Önsöz ve 4 ayrı maddede düzenleme yapılmış olması, insan hakları kavramı sözleşmede sadece 7 kez kullanılmış iken kalkınma kavramının 17 kez kullanılmış olması bu durumu somut olarak görmek bağlamında önemlidir. Sözleşmede bu konunun ayrıntılı ve birçok maddede düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir.⁶⁸ Oğuzhan, “*kültür endüstrisi*” ve “*kalkınma*” ile ilgili kavramlardan yola çıkarak “*kültürlerin çeşitliliği küreselleşme sürecindeki tek-tipleşmeye öylesine kısıtlanmıştır ki kültürler varlıklarını ya geleneklerini pazara çıkararak ya da onlardan vazgeçerek sürdürebilirler*” demekte ve sözleşmeyi “*kültürel çeşitliliği garanti almak yerine, Batı kültürünün pazardaki ilerleme güdüsüne hizmet etmektedir*” şeklinde eleştirmektedir.⁶⁹

c. Analiz

Konusu gelenek, görenekler ve bunların unsurları olan Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi ve Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi’ne dair ise şu hususlar tespit edilebilir:

Her iki sözleşme her ne kadar doğrudan gelenek ve görenekleri konu almış ise de gelenek ve görenekler hak olarak tanımlanmamış uluslararası örgütlerin ve devletlerin yükümlülüğü temelinde düzenlenmiştir. Gelenek ve göreneklerin aktörleri olan

⁶⁶ Sözleşmenin amaçları arasında “kültür ile kalkınma arasındaki bağlantının önemi teyit” edilmiş, “bağlantının gerçek değerinin tanınmasını güvence altına almak için ulusal ve uluslararası kapsamda girişilen eylemleri desteklemek” belirtilmiştir. “Rehber İlkeler”in belirtildiği 2. madde de “Kalkınmanın Ekonomik ve Kültürel Yönlerinin Tamamlayıcılığı İlkesi”, madde 14’te “Kalkınma İçin İş Birliği” düzenlemesi.

⁶⁷ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi madde 2/6, Önsöz, madde 2/1, 13’te “Kültürün Sürdürülebilir Kalkınmaya Entegrasyonu”.

⁶⁸ OĞUZHAN, Özlem: Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi’nin Çelişkileri ve Eleştirisi, Milli Folklor Dergisi, Cilt: 25, Sayı:100, Yıl: 2013, s. 85.

⁶⁹ OĞUZHAN, s. 85.

bireyler/gruplar/toplumun rolü ise uluslararası ve ulusal boyuttaki faaliyetlerde “katılan” olarak tanımlanmıştır.

Bu nedenle gelenek ve göreneklerin “yaşatılması” kavramı yerine “korunması”, “muhafaza edilmesi” ve “geliştirilmesi” kavramları kullanılmıştır. Her ne kadar gelenek ve göreneklerin korunması sözleşmelerin amacı kapsamında belirtilmiş ise de sözleşmelerin gelenek ve göreneklerin bir bütün olarak yaşatılmasından ziyade bunların unsurları üzerine yoğunlaştığı ve enstrümanların da bu çerçevede şekillendiği görülmektedir.⁷⁰

Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi’ndeki enstrümanlar, gelenek ve göreneklerin unsurlarını kayıt altına almak için oluşturulmuştur.⁷¹ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi’nde ise merkezdeki olgu kültür ve kalkınma

⁷⁰ Literatürde Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi’nin amacına göre iki farklı düşünce bulunmaktadır. Oğuz, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmenin “obje ve yapıyı değil süreci, aktarımı ve yaşatmayı korumak istediğini belirtmekte iken Metin Ekici sözleşmenin bağlam merkezli bir çerçevede olmamasını eleştirmektedir. OĞUZ, Mehmet Öcal: Terim Olarak Somut Olmayan Kültürel Miras. Milli Folklor Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 100, Yıl: 2013, s. 5-13; EKİCİ, Mehmet: Türk Halk Kültürü Araştırmalarında Dünü, Bugünü ve Yarın, Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl:2008, s. 11-26., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mahder/issue/36127/405721> Erişim Tarihi: 31.12.2021.

⁷¹ Yaşayan İnsan Hazineleeri Ulusal Envanteri” <https://aregem.ktb.gov.tr/TR-12929/yasayan-insan-hazinelere-ulusal-envanteri.html>; “İnsanlığın Sözlü ve Somut Olmayan Mirası Başyapıtları İlanı” programları bu gerçekliğin somut görünümüdür OĞUZ, Mehmet Öcal: UNESCO ve İnsanlığın Sözlü ve Somut Olmayan Mirası Başyapıtları, Milli Folklor Dergisi, Cilt:20, Sayı: 78, Yıl: 2008, s. 5-11; İnsanlığın Sözlü ve Somut Olmayan Mirası Başyapıtları İlanı, Somut Olmayan Mirası Başyapıtları İlanı programında belirtilmesi gereken iki husus vardır. Birinci husus; bu ilana 2016 yılının tarihsel sınır olarak konulmuş olması, ikinci husus; bu listede belirtilen birçok unsurun, manevi olmaktan ziyade, kültürel “şey” olarak somut bir görünümünün olmasıdır. İnsanlığın Sözlü ve Somut Olmayan Mirası 90 Başyapıtı arasında yer alan Meddahlık Geleneği ve Mevlevi Sema Törenleri bu toplantıda Somut Olmayan Kültürel Miras Temsili Listesi’ne kabul edildi.” <https://www.unesco.org.tr/Pages/167/19>, E.T:30.12.2021.

ilişkisidir.⁷² Bu bağlamda kültür, kültür mirasının unsurlarının pazara sunulması yoluyla turizm ve kalkınma için malzeme olarak görülmüştür.

B. İç Hukuk Kapsamında Kültürel Hak, Gelenek ve Göreneklerin Korunması

Mevzuat bilgi sisteminde “düğün” kelimesi ile içerikte tarama yapıldığında çok sayıda düzenleme ile karşılaşılmaktadır.⁷³ Fakat hiçbir mevzuata düğün doğrudan gelenek ve görenek olarak konu olmamıştır. İlgili mevzuatlarda düzenlemelerin gürültü, imar⁷⁴, güvenlik⁷⁵, çeşitli

⁷² Kültürel Çeşitliliğin Korunması Sözleşmesi madde 2/6 ve madde 13 “Kültürün Sürdürülebilir Kalkınmaya Entegrasyonu”; Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi, Önsöz, madde 2/1; TÜRKÖĞLU, İlnur: Sürdürülebilir Kalkınmada Kültür Mirasının Yeri ve Önemi. Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 20, Yıl: 2020, s.118-127. Kültürel Çeşitliliğin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesinde 7 kez ifade edilen sürdürülebilir kalkınmanın tanımı madde 2/6’. Çevre hukuku kökenli bu kavram, çevre ile ekonomi arasındaki ilişkiyi tanımlamak amacıyla ilk kez 1987 yılında Brundtland Raporu’nda yer almıştır. En genel hatlarıyla sürdürülebilir kalkınma ekonomik faaliyetler yürütülürken çevrenin de bir unsur olarak dikkate alınması gerekliliğini belirtmektedir. Sürdürülebilir kalkınma kavramı çevre hukukunda eleştirilen bir kavramdır. TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2017, s. 106-110; GÜNEŞ, Ahmet: Çevre Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 79-89.

⁷³ T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.mevzuat.gov.tr/>, E.T. 08.07.2022.

⁷⁴ Gaziantep Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği, 01.11.2018 Resmî Gazete Sayısı: 30582; bu yönetmelikte düğün kavramı 5 kez geçmiştir. Düğün konut dışı kentsel çalışma alanı olarak tanımlanmış, madde 4/f, umumi bina, madde 19 g/2 ticari alan, madde 19 h: sosyal mekanlar, kat yüksekliği hakkında mad 30(7). 31500 İzmir Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği 03.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: madde 30 (8) kat yüksekliği hakkında; Ankara Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği Resmî Gazete Tarihi: 08.06.2018 tarihli Resmî Gazete sayısı: 30445.

⁷⁵ Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği Resmî Gazete Tarihi: 21.01.2017 Resmî Gazete Sayısı: 29955 Madde 7; Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun 5188 10/06/2004; I. Dış Hatlara Sefer Yapan Gemilere Giriş ve Çıkışın Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik Resmî Gazete Tarihi: 18.11.1961 Resmî Gazete Sayısı: 10961;

meslek kuruluşlarına ait müesseslerin kullanımı⁷⁶, ticari işletme⁷⁷ konularında olduğu tespit edilmiştir. Gelenek ve görenek çerçevesinde düğün ile ilgili dolaylı düzenlemeler düğünlerde Türk bayrağının kullanımı⁷⁸, diyanetin düğünlerdeki görevi⁷⁹ ve öğrencilere düğün nedeniyle izin verilmesi şeklindedir.⁸⁰ Kültür temelli olarak düğüne tek bir düzenlemede yer verilmektedir ki bu düzenleme de arşiv ve kayıt kaygısından ibarettir.⁸¹

Bu nedenle burada çalışma kültür daha özelden de gelenek ve görenekler bağlamında Anayasa'dan başlamak üzere ilgili yönetmeliklere iç hukuk düzenlemelerinin analizini ve bu düzenlemelere karşı idarenin yaklaşımının ne olduğunu içermektedir.

1. İç Hukuk Mevzuatında Düğünlerden Gelenek Göreneklere Kültürel Hak

İç hukuk sisteminde konu bağlamında kültürü kendisine konu alan üç kanun önemlidir. Bunlar; 1) Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁸², 2) Kültür Yatırımları ve Girişimleri

Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik Resmî Gazete Tarihi: 19.12.2007 Resmî Gazete Sayısı: 26735.

⁷⁶ 29.04.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31469 Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenevi ve Akşam Sanat Okulları Yönetmeliği Madde 9/ç; Jandarma Genel Komutanlığı Vardiya Yatakhaneleri, Gazinolar, Sosyal Tesisler ve Eğitim Merkezleri Yönetmeliği 06.08.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31560.

⁷⁷ İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik 10.08.2005 Resmî Gazete Sayısı: 25902.

⁷⁸ Türk Bayrağı Tüzüğü 17.03.1985 Resmî Gazete Sayısı: 18697.

⁷⁹ Diyanet İşleri Başkanlığı Görev ve Çalışma Yönetmeliği 17.06.2014 Resmî Gazete Sayısı: 2903, madde 40.

⁸⁰ Çocuğa 15 gün İzin Verilmesi İlk Öğretim ve Eğitim Kanunu 222 Sayılı 12/01/1961, madde 54.

⁸¹ Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Geleneksel Türk Sanatları UAMY 09.02.2010 Tarihli Resmî Gazete Sayısı: 27488, madde 6.

⁸² Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2018.

Teşvik Kanunu'dur.⁸³ Bunun yanında doğrudan kültür olgusuna hasredilmemiş ise de bu konuda düzenlemeler yapan kanunlar da bulunmaktadır. Bunlar; Belediyeler Kanunu ve İl Özel İdaresi Kanunudur. Yönetmelik olarak burada sadece Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına dair yönetmelikler incelenecektir.

a. 1982 Anayasasında Yer Alan İlgili Düzenlemeler

1982 Anayasası'nda kültür bir hak olarak düzenlenmemiştir. Kültür bağlamında Anayasa incelendiğinde konu ile ilgili şu tespitler yapılabilir.

Türkiye; 16 Aralık 1966 tarihli ESKHS'ye⁸⁴ 2000 yılında taraf olmuş ise de Anayasa'nın sözleşme ile ilintili olabilecek bölümlerinde kültür olgusuna yer vermediği görülmektedir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" ve "Ekonomik ve Sosyal Konsey" başlıklarında bu durumu somut olarak görmek mümkündür. "Kültür" kavramı Anayasa'da toplam 12 kez kullanılmıştır. İlki 1982 Anayasası'nın önsözündeki "milli kültür" kavramı bağlamında kullanılmasıdır. Milli kültür kavramı, manevi varlığı geliştirme için öngörülen ortamın unsurlarından biri olarak ifade edilmiş fakat "milli kültür" kavramına dair bir açıklama yer almamıştır. Diğer altısı "Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu" çerçevesinde kullanılmıştır. Üç tanesi Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı III. Bölümü'nde geçmektedir. Bunlardan birincisi 62'inci maddede yabancı ülkelerde çalışan Türk Vatandaşlarının "kültürel ihtiyaçlarının sağlanması" ile ilgilidir.⁸⁵ Diğer ikisi ise; 63'üncü maddede taşınır ve taşınmaz "Tarih, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması" ile ilgili

⁸³ Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun kapsamı "yer üstünde ya da yer altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar" olduğundan, bu kanun çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır. (Madde 1 ve 3)

⁸⁴ Türkiye, Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Türkiye'de 23 Aralık 2003 tarihinden beri yürürlüktedir.

⁸⁵ İlgili maddede, Devletin yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları bağlamında alacağı tedbirlerden bahsedilirken "kültürel ihtiyaçlarının sağlanması" ibaresi kullanılmıştır. Danışma meclisinin gerekçesinde yabancı ülkelere giden ve orada yaşayan Türklerin "ülkeleriyle olan bağlarını sürdürmekte ihtiyaçları olan kültür... hizmetlerine Devlet katkısı zorunludur" denilmiştir.

düzenlemedir.⁸⁶ Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kurulma amacı ile ilgili 166. maddede “kültürel kalkınma” ifadesi geçmektedir.⁸⁷ Son olarak da din ve vicdan hürriyetinden bahsedilirken “din kültürü ve ahlak öğretimi”⁸⁸ ifadesinde kullanılmıştır.

Sonuç olarak, yabancı ülkelerdeki Türk Vatandaşları ile ilgili düzenleme dışında gelenek ve görenek temelli kültüre hasredilmiş bir düzenleme söz konusu değildir. Kültür bağlamında en önemli müessese olarak Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu belirtilmiştir.⁸⁹ Söz konusu kurum ile ilgili 2011 yılında çıkarılmış Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname incelendiğinde “Türk Kültürü” kavramının defaten kullanıldığı görülmüş fakat tanımına dair bir ifadeye rastlanılmamıştır.⁹⁰ Türk kültürü ile gelenek ve görenekler ilişkisine dair tek düzenleme ise “Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı'nın görevleri ile ilgili düzenlemedir. Burada müessesenin görevlerinden biri olarak “Yurtiçinde ve yurtdışında Türk kültürünün, töre ve geleneklerinin tanıtılması” belirtilmiştir. Burada da görüldüğü üzere kültürün yaşatılması değil tanıtılması kurumun görevlerinden biri olarak öngörülmüştür.⁹¹

b. Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu, Avrupa Birliğine uyum sürecinde 2004 yılında çıkmıştır. Gelenek ve

⁸⁶ Danışma Meclisinin gerekçesinde “kültür varlığı” kavramının taşınır ve taşınmaz şeyler için kullanıldığı anlaşılmaktadır. RAMAZANOĞLU, Yıldırım: Farklı Bir Bakış ile Anayasa Gerçeği, Egebasım, İstanbul 2012.

⁸⁷ Anayasa madde 166 – Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.

⁸⁸ Anayasa madde 24.

⁸⁹ Anayasa madde 134.

⁹⁰ 624 KHK Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 28103 sayılı 02/11/2011 tarihli Resmî Gazete, İlgili düzenlemede madde 1, 11, 12 'de 6 kez “Türk Kültürü” kavramı kullanılmıştır.

⁹¹ Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 12/2/d.

görenekler bağlamında amaç ile ilgili 1'inci madde ve kavramlara dair açıklamada bulunan 3'üncü madde birlikte incelendiğinde şu tespitler yapılabilir: Öncelikle “*bireyin ve toplumun kültürel gereksinimlerinin karşılanması*” ifadesinden kültürün, bireysel ama aynı zamanda kolektif bir olgu olarak algılandığı söylenebilir. On üç amacın belirtildiği 1'inci maddede, “*somut olmayan kültürel mirasın korunmasını ve sürdürülebilir kültürün birer ögesi haline getirilmesini ve kültürel iletişim ve etkileşim ortamının etkinleştirilmesi*” amacını ilk etapta genelde örf ve âdet özelinde ise düğünler bakımından değerlendirmek mümkündür.⁹² Fakat aynı kanunun 3'üncü maddesinde somut olmayan kültürel mirasın konuları sayılırken bunların *halkbilim araştırmaları içinde yer alması*” bir unsur olarak sayılmıştır.⁹³

Gelenek ve görenek özelinde ise somut olmayan kültürel mirasın tanımında yer alan ifade dışında hiçbir ifadeye rastlanılmamıştır. Kanunun konu olarak yoğunlaştığı “Teşvik Konuları, Unsurları ve Esasları” başlıklı II. Bölümün 4'üncü maddesinde “*kültür yatırımı*” hususu ele alınmış, teşvik ve indirim konu olacak faaliyetler olarak bale, konser ve sinema gibi birçok kültürel sanat etkinliğinin ve kültür merkezleri gibi müesseselerin desteklenmesi belirtilmiştir.⁹⁴ Buna karşın gelenek ve göreneklerin yaşatılması amacına yönelik herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. İlgili maddenin (d) fıkrasında “somut olmayan kültürel miras” konusu ele alınmış fakat kapsamı, tanımlama, derleme, belgelendirme, arşivleme, yayınlama ve söz konusu kültürel mirası kayıt altına alma ile sınırlandırılmıştır.

c. Kültür ve Turizm Bakanlığı ile İlgili Düzenlemeyi İçeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Türkiye merkezi idari teşkilatlanmasında Kültür Bakanlığı, bağımsız değil Turizm Bakanlığı ile birlikte teşkilatlandırılmıştır. Kararnamenin 277'inci maddesinde Kültür ve Turizm Bakanlığı

⁹² 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu madde 1 ve 3.

⁹³ 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu madde 3.

⁹⁴ 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu madde madde 4/a ve c. 2863 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmaz kültür varlıklarının, bu Kanunun amacı doğrultusunda kullanılması” gösterilmektedir.

düzenlenmiştir.⁹⁵ İlgili maddede “gelenek” kavramının bütün metinde üç kez,⁹⁶ “gelenek ve görenek” kavramı ise sadece bir kez Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü’nün görevlerini düzenleyen madde de “araştırma, derleme, incelenen ve diğer bilimsel çalışmalara” konu olarak kullanılmıştır.⁹⁷ Bakanlığın görev ve yetkilerine dair ise a bendinde, “*milli, manevi, kültürel ve turistik değerleri araştırmak, geliştirmek, korumak, yaşatmak, değerlendirmek, yaymak, tanıtmak, benimsetmek ve bu suretle milli bütünlüğün güçlenmesine ve ekonomik gelişmeye katkıda bulunmak*” ifadeleri yer almıştır. Maddenin (b) bendinde kültür ve turizm konuları bağlamında kamu kurumlarıyla, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları ve özel sektör ile iş birliği yapılması, (d) bendinde ise kültür ve turizm alanlarında yatırım, iletişim ve gelişim potansiyelini yönlendirmek hususları düzenlenmiştir.⁹⁸

Bu düzenlemelerden yola çıkıldığında kültürün bir unsuru olan gelenek ve göreneklerin devlet koruması altında olduğu düşünülebilir. Buna karşın Kültür ve Turizm Bakanlığının web sayfası incelendiğinde, kültür ile ilgili Güzel Sanatlar, Kültür Varlıkları ve Müzeler, Sinema gibi 11 genel müdürlük birimi bulunduğu görülmektedir. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’ndan Devlet Tiyatrolar Genel Müdürlüğü ve Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü’ne kadar birçok kuruluş ise

⁹⁵ Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Sayısı: 1; Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi – Sayısı: 10/7/2018 – 30474 (Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2018) madde 277.

⁹⁶ Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Güzel Sanatlar Genel Müdürlüğü’nün görevini düzenleyen 280’inci maddenin a ve b bendinde, “geleneksel sanat akımı” ve “geleneksel Türk süslemesi” ifadelerinde, Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü’nün görevlerini düzenleyen 286’ıncı maddesinin b bendinde son kez kullanılmıştır.

⁹⁷ Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 286/1-b.

⁹⁸ Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 277’nin c bendi tarihi ve kültürel varlıkları koruma, ç bendi turizm, e bendi kültür ve turizm için kamulaştırma, f bendi tanıtım hususlarını düzenlemiştir. G bendi ise kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen diğer görevleri yapmak olarak düzenlemiştir.

bağlı ve ilgili kuruluş olarak düzenlenmiştir.⁹⁹ Gelenek ve göreneklerin kaynak olduğu sanatsal ürünlere dair kurumlarla ilgili çeşitli genel müdürlük, ilgili ve bağlı kuruluşun varlığına karşın doğrudan gelenek ve göreneklerin yaşatılması amacıyla kurulan bir genel müdürlük bulunmamaktadır.

Türkiye, Somut Olmayan Kültür Mirası sözleşmesine taraf olduktan sonra Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü'ne bağlı Somut Olmayan Türk Kültürü Mirası Daire Başkanlığı kurulmuştur.¹⁰⁰ Alt birimler olarak da Araştırma ve Koruma Sistemleri Geliştirme Şubesi Müdürlüğü gibi birçok Şubesi Müdürlüğü kurulmuş¹⁰¹ iken doğrudan gelenek ve göreneklerin yaşatılması ile ilgili bir birime rastlanılmamıştır. Daire Başkanlığı'nın web sayfasında yirmi altı kalemde belirtilen görevleri incelendiğinde, gelenek ve göreneğe dair hiçbir ifade yer almaz iken, kararnamenin ilgili maddesindeki düzenlemeye paralel olarak,¹⁰² kayıt, araştırma, koordinasyonun temel unsurlar olduğu görülmüştür.¹⁰³

Sözleşme çerçevesince Türkiye'nin hazırlamış olduğu somut olmayan kültürel miras envanterlerinde ise düğün, somut olmayan kültürel miras olarak belirtilmemiştir. Bununla birlikte birçok akademik çalışmada ve Somut Olmayan Kültürel Miras İl Envanterleri'nde kız

⁹⁹ Bknz: Kültür ve Turizm Bakanlığı Web sayfası, Erişim Tarihi. 02.01.2022.

¹⁰⁰ Kültür ve Turizm Bakanlığı Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü Somut Olmayan Türk Kültürü Mirası Daire Başkanlığı, <https://aregem.ktb.gov.tr/Eklenti/72826,somut-olmayan-turk-kultur-mirasi-daire-baskanligi-gorev-.pdf?0>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.

¹⁰¹ Yurt İçi-Yurt Dışı Kurum ve Kuruluşlarla İlişkiler Şubesi Müdürlüğü, , Ulusal Envanterler Şubesi Müdürlüğü ve Yayım Basım ve Dağıtım Şubesi Müdürlüğü.

¹⁰² Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 286/1-c.

¹⁰³ Bunlara örnek olarak “Somut olmayan kültürel mirasın yurt içinde ve yurt dışında kayıt altına alınması, korunması ve farkındalığın artırılması amacıyla düzenlenen faaliyetlere yönelik iş ve işlemlerin yürütülmesini sağlamak,”; “Sözleşme'nin öngördüğü perspektif çerçevesinde araştırmaların yapılması ve koruma sistemlerinin geliştirilmesine yönelik faaliyetlerin gerçekleştirilmesini sağlamak,”; “Somut olmayan kültürel mirasın korunmasına ilişkin yurt içindeki ve yurt dışındaki çalışma ve projeleri takip edilmesini ve desteklenmesini sağlamak,” verilebilir.

istemeden düğün gününe kadar ortaya çıkan düğünün çeşitli unsurlarının somut olmayan kültürel miras olarak değerlendirildiği görülmektedir.¹⁰⁴

Çok az akademik çalışmada düğün, genellikle de somut olmayan kültürel miras tanımında “toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şöenler” unsuruna, bir bütün halinde örnek olarak belirtilmektedir.¹⁰⁵

d. Yerel Yönetimler ile İlgili Düzenlemeler ve Diğer Düzenlemeler

Konusu doğrudan kültür olmamasına rağmen kültür ile ilgili en çok düzenlemeyi içeren mevzuatlar yerel yönetimler ile ilgili mevzuatlardır.¹⁰⁶

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun çeşitli maddelerinde il özel idaresinin kültür ile ilgili sorumlulukları olduğu belirtilmiş ama ayrıntıya girilmemiştir.¹⁰⁷ Buna karşın belediyelerle ilgili mevzuatta, gerek 5393 sayılı 2005 tarihli Belediye Kanunu¹⁰⁸ gerek ilgili

¹⁰⁴ PEKERŞEN, Yeliz / ÇALIK, İsmail: Konya'da Keçecilik Geleneğinin Somut Olmayan Kültürel Miras Açısından Değerlendirilmesi, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 37, Yıl: 2017, s. 339-355; Türkiye Kültür Portalı, <https://www.kulturportali.gov.tr/portal/torenkeskegigenegi>, Erişim Tarihi:20.12.2021.

¹⁰⁵ ERKAN, Mehmet Emin: Uluslararası Dengbeçilik Kültürü ve Dengbeçler, Şırnak Üniversitesi Yayınları, Şırnak 2019. Uluslararası Dengbeçilik Kültürü ve Dengbeçler Sempozyumu'nda yer alan birçok bildiri de düğünler hem unsurlarıyla hem de bağımsız olarak gelenek ve görenekler olarak adlandırılmıştır. ÇETİNÖZ / TEMİZ, Erişim Tarihi:31.12.2021.

¹⁰⁶ Somut Olmayan Kültür Mirası Sözleşmesi'nde (madde 1/c ve 18/1.) sözleşmenin uygulanması yerel düzeyde de düzenlenmiştir

¹⁰⁷ 01.07.2006 tarihli 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu. Kanunun “İl özel idaresinin görev ve sorumlulukları” başlıklı 6'ncı maddesinin a ve c fıkraları; 16/II; 35/I; 43/m.

¹⁰⁸ 03.07.2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 14/a; 18/p; 48/2; 60/k ve diğer birçok maddesinde kültürü kapsamına alan düzenlemeler içermektedir.

yönetmelikler¹⁰⁹ bağlamında, kültür ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir:

Kanunun kültür olgusu bağlamında içeriği incelendiğinde, her ne kadar gelenek ve görenekler bağlamında özel bir düzenleme yapılmamış olsa da, teorik olarak gelenek görenekleri yaşatma ve buna uygun alanlar var etme imkânı sağladığı görülmektedir. Bunlara en somut örnek olarak Belediye'nin, görevi olarak hemşeriler arasında sosyal ve kültürel ilişkilerin geliştirilmesi ve kültürel değerlerin korunması konusunda gerekli çalışmaları yapması ve bunun için gider kalemi öngörülmesi¹¹⁰, belediyenin kültür, sanat ve spor alanlarında faaliyet ve projeleri için mekân yaratması,¹¹¹ belirtilebilir. Kent tarihi ve kültürel dokusunun korunması bağlamında ise hem genel bir düzenleme hem de kentsel dönüşüm bağlamında düzenleme söz konusudur.¹¹² Yine Belediye Bütçesinden Yapılacak Temsil, Ağırlama ve Tören Giderleri Yönergesinde 6. ve 10. maddelerde belde içinde gerekli olan veya mahalli örf, adet ve sosyal yaşantı için de gerekli sayılan etkinlik ve törenler için (nişan, nikâh, ölüm gibi) harcama yapılabilir” denilmektedir.¹¹³

Uygulamada ise gelenek göreneklerin yaşatılması amacına yönelik belediyelerin böyle bir görev üstlenmediği, daha çok belediye başkanlarının bireysel inisiyatifi olarak ortaya çıkan tikel bazda bazı karar ve uygulamaların olduğu görülmektedir.¹¹⁴ Kent tarihi ve kültürel dokusu

¹⁰⁹ Belediye Bütçesinden Yapılacak Temsil, Ağırlama ve Tören Giderleri Yönergesi, (Bu Yönerge, İçişleri Bakanlığı'nın 25.4.1984 gün ve 27302 sayılı onayı ile yürürlüğe konulmuştur.) https://www.tbb.gov.tr/mevzuat/yonergeler/Belediye_Butcesinden_Yapilacak_Temsil_Agirlama_ve_Toren_Giderleri_Yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 20.01.2021

¹¹⁰ Belediye Kanunu madde 13; Madde 60/n

¹¹¹ Belediye Kanunu madde 18/p.

¹¹² Belediye Kanunu madde 14/b, “Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Alanı” başlığı altında düzenlenen madde 73.

¹¹³ Belediye Bütçesinden Yapılacak Temsil, Ağırlama ve Tören Giderleri Yönergesi.

¹¹⁴ TURAN, Sedat: Belediye Başkanlarının Nişan, Nikah, Düğün ve Sünnet Törenlerinde Altın Takıp Takamayacakları ve Belediyenin Bütçesinden Ödenip Ödenmeyeceğinin Mevzuat Açısından İncelenmesi ve Değerlendirilmesi, Turan Yerel Yönetimler Danışmanlık Eğitim Yayıncılık ve Mevzuat, 16.11.2017, <https://sedatturan.com.tr/index.php/makaleler/7->

belediyelerin görev alanı kapsamında yer almış olmasına karşın uygulamada gelenek ve göreneklerin yaşama alanı bulduğu panayır, düğünler ve kurban kesim ve şenliklerin gerçekleştirildiği meydanlar kültürel doku kapsamında değerlendirilmemiştir. Bazı belediyeler tarafından işletilen düğün salonlarında yapılan düğünler işleyiş bakımından diğer düğün salonlarının konseptinden çok da farklı değildir.¹¹⁵

Son olarak konuya ilişkin üniversitelerin kültür bağlamında araştırma merkezleri ile ilgili yönetmelikleri söz konusudur. Bu yönetmelikler üniversitelerin kültürü de içine alan araştırma merkezlerinin yönetmelikleridir ve temel amaçları araştırma yapmaktır.¹¹⁶

2. İç Hukuk Bağlamında Değerlendirme

Anayasa'da kültürel hak yer almamıştır. Diğer taraftan kültürü merkezine alan veya kültüre dair düzenlemeler içeren kanunlarda, ayrıntılara gidildiğinde bunların birçoğunun gelenek ve göreneği kapsam dışında bıraktığı görülmektedir. Gelenek ve görenekleri kapsayan düzenlemelerde ise çoğu kez idare uygulamalarında, tikel istisnalar dışında, gelenek ve göreneklere yer verilmemektedir.

Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi ve Kültürel Çeşitliliğin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesine Türkiye taraf olduktan sonraki süreçte uygulamalar dikkate alındığında gelenek ve göreneklerin kendi özgünlüğünde bir bütün olarak korunmasındansa

belediye-baskanlarinin-nisan-nikah-dugun-ve-sunnet-torenlerinde-altin-takip-takamayacaklari-ve-bedelinin-belediye-butcesinden-odenip-odenemeyeceginin-mevzuat-acisindan-incelenmesi-ve-degerlendirilmesi, Erişim Tarihi: 19.12.2021

¹¹⁵ Muhittin Kuşçu ile görüşmeden elde edilen veriler.

¹¹⁶ Gebze Teknik Üniversitesi Kültürel Mirası Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezi (Kma-Bkm) Yönetmeliği(UAMY); Süleyman Demirel Üniversitesi Somut Olmayan Kültürel Miras UAMY; Trabzon Üniversitesi Karadeniz Kültür ve Tarihi UAMY; Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Kütahya ve Batı Anadolu Kültürleri Arkeolojisi UAMY; Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Türk Sanatı ve Kültürü UAMY; Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal ve Kültürel Çalışmalar UAMY; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kültür Ve Medeniyet UAMY.

tikellerin korunduğu somut olarak görülmektedir.¹¹⁷ Baytok/Başar ve Boyraz tarafından “Somut Olmayan Kültürel Miras Konulu Bilimsel Yayınların Veri Görselleştirme Tekniği ile Bibliyometrik Analizi” başlıklı makalede 01 Eylül 2020 tarihi itibarıyla Türkiye’de Somut Olmayan Kültürel Miras konulu toplam 211 yayın incelenmiştir. Araştırmaya göre yayınların ağırlıklı olarak Türk Halk Bilimi ve Turizm İşletmeciliği Anabilim dallarında yazıldığı görülmektedir. Üzerine en çok çalışılan konuların ise somut olmayan kültürel mirasın el sanatları, gastronomi vb. unsurları, “somut olmayan kültürel mirasın korunması, eğitim ve müzecilik alanındaki yeri, sürdürülebilirliği, önemi, deneyimi, tanıtım ve pazarlanması, geliştirilmesi katkısı-etkisi-işlevi ve canlandırılması-aktifleştirilmesi” olduğu tespit edilmiştir.¹¹⁸

IV. SONUÇ

Medeniyetlerin en eski merasimlerinden biri olan düğünler üzerine gerçekleştirilen bu çalışma hem uluslararası insan hakları hem de iç hukuk bağlamında kolektif kültürel haklar, özelde de gelenek ve görenekler açısından bedenden alınan bir parçanın analiziyle bedendeki tümörün tespiti sonucunu doğurmuştur.

İncelenen uluslararası hukuk metinlerinin analizinde kültürel hakların uluslararası insan hakları konseptinde 4 dereceli ötelendiği görülmektedir.

İlk ötelenme, kültürel haklarının içeriğinin tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Kültürel haklar insan hakları metinlerinde sadece devletin eylemde bulunma yükümlülüğü çerçevesinde pozitif haklar boyutunda tanımlanmış buna karşın negatif haklar boyutundan yani devletin dokunmama yükümlülüğünden yoksun bırakılmıştır. Kültürel haklar bağlamında negatif haklar, söz konusu gelenek ve göreneğin

¹¹⁷ ÖLÇER ÖZÜNEL, Evrim: Geleneğin Geleceği: Somut Olmayan Kültürel Miras Unsuru Olarak Aşıklar, AHBV Edebiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2019, s.39-45, <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvedebiyat/issue/51385/667876>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.

¹¹⁸ BOYTOK, Ahmet / BOYRAZ, Mehmet / BAŞAR, Berkan: Somut Olmayan Kültürel Miras Konulu Bilimsel Yayınların Veri Görselleştirme Tekniği ile Bibliyometrik Analizi, Güncel Turizm Araştırmalar Dergisi, cilt:5, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 258-260., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/guntad/issue/64993/907746>, Erişim Tarihi: 31.12.2021.

gerçekleştirilmesinde zamansal, mekânsal vb. hiçbir nedenle engel olmamaktır. Düğün özelinde bakıldığında negatif hak, halkın düğün geleneğini gerçekleştirme şartlarına devletin müdahale etmemesidir. Burada bu hak söz konusu mahallin meydanlarına müdahale etmeme olarak ortaya çıkmaktadır. Pozitif yükümlülük ise söz konusu düğün geleneğinin devamı için devletin ayrıca önlemler almasıdır ve önemlidir.

İkinci ötelenme kültürel hakların “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” olarak tanımlanan II. kuşak haklar içerisinde yer almasıdır. I. kuşak haklar olarak tanımlanan medeni ve siyasi haklar mevcut insan hakları konseptinin çekirdeğini oluştururken, pozitif haklar statüsünde kabul edilen II. kuşak haklarda kültürel hakların korunmasının kapsamı devletlerin kendi kapasitesi ile sınırlı kılınmıştır. Söz konusu hak, kapsamının “devletin siyasi ve ekonomik” gerçekliğinde uygulama alanı bulması nedeniyle esasen yumuşak hukuk boyutunda kalmaktadır.

Üçüncü öteleme kültürel hakların II. kuşak haklardan olan ekonomik, sosyal haklara göre ikinci plana atılmış olmasıdır.¹¹⁹ Bunu kültürel hakkın ESKHS’nde sadece bir maddede düzenlenmiş olmasında da somut olarak görmek mümkündür.¹²⁰ Ayrıca, sözleşmede Birleşmiş Milletlerin Ekonomik ve Sosyal Konseyi önemli bir müessese olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar kültüre dair Konseyin sorumluluğu belirtilmiş ise de Konsey, birincil derecede “Ekonomik ve Sosyal Konsey” dir.

Dördüncü ötelenme ise; zatında birliktelik barındıran, bu nedenle de öncelikle kolektif hak olması gereken kültürel hakkın, bireysel hak temelinde inşa edilen mevcut insan hakları konseptine paralel bir şekilde uluslararası hukuk metinlerinde sadece bireysel hak olarak tanımlanmasıdır.¹²¹ Mevcut insan hakları konseptinde “Dayanışma Hakları” olarak belirtilen kolektif haklar henüz yerleşik haklar

¹¹⁹ DONELLEY, Jack: Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.164; ARAL, Berdal, s.191.

¹²⁰ ESKHS madde15, ayrıca sözleşmede “ekonomik” kavramı 17 kez “sosyal” kavramı ise 16 kez kullanılmış iken sadece 7 kez “kültür” kavramı kullanılmıştır.

¹²¹ CASTELLS, Manuel: İnternet Galaksisi. Phoenix Yayınevi, Ankara 2020, s.71.

kategorisinde kabul edilmemektedir. Bu nedenle de bireysel haklara göre esasen yumuşak hukuk temelinde şekillenmiştir.¹²²

Kolektif kültürel hakların önemli bir görünümü olan gelenek ve göreneklere dair de şu tespitler yapılabilir. Kolektif kültürel haklar genellikle “halkların kendi kaderini tayin hakkı”, “azınlık hakları”, “yerli halkların hakları” ile sınırlandırılmıştır. Buna karşın, bu üç hakkın olmazsa olmaz unsuru olan gelenek ve görenekler uluslararası metinlerde doğrudan kolektif kültürel haklar olarak kabul görmemiştir.¹²³ Daha öz bir ifade ile gelenek ve görenekler bir bütün olarak mevcut insan hakları konseptinde yok sayılmıştır.¹²⁴ Gelenek göreneklere görmezden gelme politikası; somut kültürel miras ile ilgili düzenlemenin 1972 yılında yapılmış olmasına karşın gelenek ve görenekler ile ilgili düzenlemeler olan Somut Olmayan Kültürel Miras Sözleşmesi ve Kültürel Çeşitliliğin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi’nin ancak bundan 30 yıl sonra yapılmasında da açıkça görülmektedir. Bu iki sözleşme her ne kadar doğrudan gelenek ve göreneklere konu almış iseler de yukarıda dile getirilen nedenlerden dolayı burada ne kültürel hak mevzu bahistir ne de gelenek ve göreneklerin bütünsel olarak korunması.

Kültürel hakların negatif ve kolektif haklardan arındırılmış şekilde sadece pozitif ve bireysel haklar çerçevesinde korunması, hatta haktan çok devlete yükümlülük bağlamında tanımlanması; özelde de gelenek ve göreneklerin uluslararası hukukta görmezden gelinmesi mevcut uluslararası hukukun gerçekliği ile doğrudan ilgilidir. Uluslararası hukuk sisteminde; muktedir güçlerin çıkarları temelinde dayatılan kültürel, ekonomik ve siyasi sistem ile ülkelerdeki gelenek ve görenekler birbiri ile iki temelde çatışmaktadır. Birinci husus mevcut insan hakları hukuk sisteminin Avrupa’nın ekonomik, sosyal, siyasi, tarihi ve kültürü temelinde şekillenmesidir. Bu sistemde insan hakları hukuku liberal çerçevede, kapitalist gerçeklikte ve bireysel haklar çerçevesinde tanımlanmış, ülkelerin gelenek ve göreneklerini içinde

¹²² JAKUBOWSKI, Andrzej: Cultural Rights as Collective Rights, An International Law Perspective, Brill Nijhoff, Yıl: 2016, s. 1-2; ARAL, Berdal, s. 1,2.

¹²³ ARAL, Berdal, s. 191-219.

¹²⁴ Gelenek ve görenekler kolektif kültürel hak olarak sadece 1981 İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı gibi bölgesel düzenlemelerde kabul edilmiş ve korunmuştur. (Madde 17/3)

barındıran kolektif kültürel haklar ise teorik olarak mevcut insan hakları ile çatışmadığı oranda uygulama alanı bulmuştur.

İkincisi ise mevcut uluslararası hukuk sisteminin temel kurgusunun güçlü devletlerin çıkarları çerçevesinde şekillenen barış ve güvenliğin sağlanması ve ekonominin küresel düzeyde yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Birleşmiş Milletler Örgütü, Breetton Woods örgütleri olarak bilinen IMF, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü, bu sistemin en önemli aktörlerdir. Bu gerçekliği I. Dünya Savaşı sonrası oluşturulan Manda yönetimlerinden bugün etkin devlet yönetimi yokluğu yaşayan ülkelere kadar bir çok devletin, bir halkın kimliği olarak tanımlanabilecek anayasalarına ve özellikle 1980'li yıllar ile birlikte ekonomilerine yapılan müdahalelerde somut olarak görmek mümkündür.¹²⁵ Söz konusu müdahalelerin başarısı aslında gelenek ve göreneklerin zayıflığı ile doğru orantılıdır yani gelenek ve görenekler ne kadar zayıf ise söz konusu müdahale çok daha rahat olmaktadır. Yukarıdaki bu iki gerçeklikten kaynaklı kültür, uluslararası hukuk özelde de uluslararası insan hakları hukukunda yeniden tanımlanmaktadır. Bu nedenle gelenek ve görenekler mevcut uluslararası siyasi ve ekonomik gerçeklikte çoğu kez “kalkınma”, “gelişme”, “medeniyet” kavramlarının zıddı olarak tanımlanmıştır. Bu gerçeklik Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi ve Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nde de kendisini teyit etmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar bu iki sözleşmede kültür ile insan hakları bağı yok denecek kadar az ise de her ikisinde de, gelenek ve göreneklerin insan hakları ile negatif ilişkisine yer verilmiştir. Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nde bu durum şöyle ifade edilmiştir. “Hiç kimse bu Sözleşme'nin hükümlerine İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde kutsanan veya uluslararası hukuk tarafından

¹²⁵ AKPINARLI, Neyire: The Fragility of the Failed State Paradigm, A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government, Martinus Nijhoff Publishers, Yıl: 2009, s. 83-87, 184-191; ARAL, s. 195; Bu durumun son olarak yaşandığı iki ülke Afganistan ve Irak'tır. AFSAH, Ebrahim / GUHR, Alexandra Hilal: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 9, Afghanistan 2005, s. 410 vd.; Bu durum Somut Olmayan Kültürel Miras İhtisas Komitesi ile ilgili düzenlemede belirtilmiştir. <https://www.unesco.org.tr/Pages/323/19>, Erişim Tarihi: 09.08.2021

garanti altına alınan insan haklarını ve temel özgürlükleri ihlal etmek veya bu hak ve özgürlüklerin kapsamını kısıtlamak için başvuramaz.”¹²⁶

İç hukuk gerçekliğinden bakıldığında ise Türkiye konumlandığı coğrafya vesilesiyle tarihi eserler bakımından potansiyel olarak açık müze iken; gelenek ve görenekler açısından da kültürel bir mozaik sergilemektedir. Türk hukuk sisteminde kültüre karşı konumlanma ulus devletin üzerine inşa olduğu kurgu ile doğrudan alakalıdır. Bu konumlanmada sırasıyla devletin kendisini üzerine inşa ettiği ideoloji ve batı temelli kültür önemlidir. Devlet, resmî ideoloji üzerinden kültürü tanımlamış ve bu çerçevede faaliyet yürütürken halkın gelenek ve görenekler gibi kültürel birikimine karşı ise ya kayıtsız kalmış ya da resmî ideolojinin izin verdiği çerçevede dikkate almıştır.¹²⁷ Batı temelli kültür ise hem uluslararası insan hakları konseptinden hem de yeni kurulan devletin kültür kodlarını belirlerken yüzünü batıya dönmüş olmasından kaynaklanmaktadır. 9747 sayılı 10/07/1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği'nin nikâh hususunu ayrıntılı olarak düzenlemiş olması bu gerçekliğin somut bir görünümüdür.¹²⁸ Resmi nikâh töreninin bu topraklarda 100 yıllık bir geçmişi söz konusudur. Düğün, kolektif bir olgu olması nedeniyle geniş kitlelerce kutlanırken, bireyi merkeze alan insan hakları kurgusu temelinde nikâh müessesesi evlilik birliğinin, tarafların iradelerine uygun şekilde somutlaştırılmasından ibarettir. İdari bir işlem olan nikâh müessesesinin sadece iki şahidin huzurunda bir devlet memuru tarafından gerçekleştirilmesi kâfi iken hemen hemen bütün belediyelerin bu idari işlemin gerçekleşmesi için özel salonlar organize etmiş olması batı merkezli bir kültürel etkilenmedir. Bu gerçeklik birçok akademik çalışmada somut olarak ortaya çıkmaktadır. Ahmet Erman Aral'ın belirttiği üzere gerçekten de kendisine örnek alınan batı kültürü ile örtüşmeyen birçok kültürel öge “medeni olmayan” damgasını yemiştir.¹²⁹

¹²⁶ Kültürel Çeşitliliğin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi madde 2/1; Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi madde 2.; DONNELLY, s.164; JAKUBOWSKİ, Andrzej: Cultural Rights as Collective Rights, An International Law Perspective, Brill Nijhoff, Yıl: 2016, s. 2; ARAL B., s. 27-69, 191-223.

¹²⁷ DONNELLY, s.164.

¹²⁸ 9747 sayılı 10/07/1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği. Yönetmeliğin 26. maddesinde de tören yerleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

¹²⁹ ARAL, Ahmet Erman: Somut Olmayan Kültürel Miras ve Eğitim: Eğitimin Periyodik Raporlardaki Görünümüne Eleştirel Bir Bakış, Millî Folklor Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 120, Yıl: 2018, s. 65,

Oğuz, Türkiye’de gelenek ve göreneklerin medyadan, eğitime ve kent yaşamına taşınmadığını bu nedenle de “*Köroğlu’nun yerini Robin Hood, Kerem ile Aslı’nın yerini Romeo ve Juliet, Boz Atlı Hızır’ın yerini Noel Baba almıştır*” demektedir.¹³⁰ Hâlbuki gelenekler kültürlerin varlığının ve çeşitliliğin garantisidir. Kültürün ikincil ürünü olan sinema, tiyatro ve edebiyat ancak onlara kaynaklık eden gelenek ve görenekler korunduğunda vücut bulabilir.

Hukuk sistemin gelenek ve göreneklere karşı söz konusu bu tutumunun insanların bakış açılarını da etkilediği ve insanların gündelik yaşamda kolektif kurgudan giderek uzaklaşmaları, bireysel hakları öncelikledikleri görülmektedir. Bugün Ramazan ayında davul çalınması, düğün merasimi başlamadan kız evinden gelin çıkarma gibi geleneksel uygulamaların toplumda gürültü olarak kabul edilmesi bunun somut bir göstergesidir. Kemal Gözler’in, “pek çok “gürültücü” gelenek ve göreneğimiz vardır” ifadesi bu bağlamda desterkler niteliktedir.¹³¹

Düğünler özelinde ise; bugün geline aşamada düğünler özgünlüklerini ve kültürel motiflerini, sosyal işlevlerini çok hızlı bir şekilde kaybetmektedir. Düğünlerin, dışarıda, geniş zamanlarda, özlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi kültürel kolektif negatif bir haktır. Kentlerde düğün alanlarına yer verilmemiş olması bu hakkın ihlalidir. Düğünler konusunda idarenin negatif hakkın garanti altına alınmasının yanında pozitif düzenlemeye gitmesi gelinen noktada zorunluluktur.

<https://www.millifolklor.com/PdfViewer.aspx?Sayi=120&Sayfa=59>,
Erişim Tarihi: 30.12.2021, s. 65.

¹³⁰ OĞUZ, 2009: s. 6; ARAL, Ahmet Erman, 2018, s. 65.

¹³¹ GÖZLER, 2011, s. 358.

KAYNAKÇA

- AFFSAH, Ebrahim / GUHR, Alexandra Hilal: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 9, Afghanistan 2005, s. 373-456.
- AKPINARLI, Neyire: The Fragility of the Failed State Paradigm, A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government, Martinus Nijhoff Publishers, Yıl: 2009.
- ALGAN, Bülent: Rethinking “Third Generation of” of Human Rights, Ankara Law Review, Sayı: 1, Yıl:2004, s. 121-155.
- ALVER, Köksal: Kültür Sosyalolisi ve Kültürel Çalışmalar, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/19_20_Guz/kultur_sosyolojisi_ve_kulturel_calismalar/index.html, Erişim Tarihi: 31.12.2021.
- ARAL, Ahmet Erman: Somut Olmayan Kültürel Miras ve Eğitim: Eğitimin Periyodik Raporlardaki Görünümüne Eleştirel Bir Bakış, Millî Folklor Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 120, Yıl: 2018, s. 129–152, <https://www.millifolklor.com/PdfViewer.aspx?Sayi=120&Sayfa=59>, Erişim Tarihi: 30.12.2021.
- ARAL, Berdal: Üçüncü Kuşak Haklar Olarak Kolektif Haklar, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010.
- ARIOĞLU, İbrahim Ethem / AYDOĞDU ATASOY, Özlem: Somut Olmayan Kültürel Miras Kapsamında Geleneksel El Sanatları ve Kültür ve Turizm Bakanlığı, Turkish Studies, Cilt:10, Sayı: 16, Yıl: 2015, s.109-126, <https://turkishstudies.net/DergiTamDetay.aspx?ID=9058>, Erişim Tarihi: 31.12.2021.
- AYDOĞDU ATASOY, Özlem: Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasında İcracı Kurum T.C Kültür ve Turizm Bakanlığının Çalışmaları Üzerine Bir Değerlendirme (2006-2016), Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/68696/499558.pdf?Sequence=1>, Erişim Tarihi: 21.07.2021
- BİLGİN, Musa: Harman Yeri, Dorlion Yayınevi, Ankara 2021.

- BİLGİN, Musa: Talan, Dorlion Yayınevi, Ankara 2021.
- BOYTOK, Ahmet / BOYRAZ, Mehmet / BAŞAR, Berkan: Somut Olmayan Kültürel Miras Konulu Bilimsel Yayınların Veri Görselleştirme Tekniği ile Bibliyometrik Analizi, Güncel Turizm Araştırmalar Dergisi, cilt:5, Sayı: 2, Yıl: 2021, s.246-262., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/guntad/issue/64993/907746>, Erişim Tarihi: 31.12.2021.
- CASTELLS, Manuel: İnternet Galaksisi. Phoenix Yayınevi, Ankara 2020.
- ÇETİNÖZ, Burçin Cevdet / TEMİZ, Gürkan: Somut Olmayan Kültürel Mirasın Sürdürülebilirliği: Anamur'da Düğün Geleneği I.Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu, Elazığ 13-14-15 Ekim 2016, https://www.researchgate.net/publication/315798909_somut_olmayan_kulturel_mirasin_surdurulebilirligi_anamur%27da_dugun_gelenegi_sustainability_of_the_intangible_cultural_heritage_the_wedding_tradition_in_anamur, erişim tarihi:31.12.2021
- DONDERS, Yvonne: Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration, Japanese Yearbook of International Law, Sayı: 62, Yıl: 2019, s. 62-84.
- DONELLEY, Jack: Teoride ve Uygulamada İnsan Haklar, YetkinYayınları, Ankara 1995.
- EKİCİ, Mehmet: Türk Halk Kültürü Araştırmalarında Dünü, Bugünü ve Yarın, Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl:2008, s. 11-26., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mahder/issue/36127/405721> Erişim Tarihi: 31.12.2021.
- EMRE, Gülдер: Kültürel Mirasın Korunması. İstanbul Üniversitesi Uzaktan Eğitim ve Açıköğretim Fakültesi, İstanbul 2017, https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_bahar/kulturel_mirasin_korunmasi/index.html, Erişim Tarihi: 21.12.2021.
- ERKAN, Mehmet Emin: Uluslararası Dengbeçlik Kültürü ve Dengbeçler, Şırnak Üniversitesi Yayınları, Şırnak 2019.
- BAZ, İbrahim (ed.), ÖZ, Ruhullah (ed.), ERTAŞ, Çağdaş(ed.), TUNÇ, İsmet (ed.): Uluslararası Dengbeçlik Kültürü ve Dengbeçler

(Uluslararası Sempozyum Bildirileri), Şırnak Üniversitesi Yayınları: Mardin Sesi Gazetecilik Matbaacılık, 1. Baskı, Şırnak 2019, <http://yenisite.sirnak.edu.tr/resimler/files/dengbejliksempozyumu.pdf>, Erişim Tarihi:21.12.2021.

GÖZLER, Kemal: Sokak Düğünleri ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Zabunoğlu Armağan, Yıl: 2011, s. 352-371.

GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Etkin Yayınları, Bursa 2018.

GÜNEŞ, Ahmet: Çevre Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2019.

JAKUBOWSKİ, Andrzej: Cultural Rights as Collective Rights, An International Law Perspective, Brill Nijhoff, Yıl: 2016, s. 1-15.

KARABAŞ, Solmaz: Uygulamaları Açısından Somut Olmayan Kültürel Miras ve Folklor, Folklor ve Edebiyat, cilt: 20, Sayı: 80, Yıl: 2014, s. 99-105.

LENZERİNİ, Federico: Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples. European Journal of International Law, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 101-120.

OĞUZ, Mehmet Öcal: UNESCO ve İnsanlığın Sözlü ve Somut Olmayan Mirası Başyapıtları, Milli Folklor Dergisi, Cilt:20, Sayı: 78, Yıl: 2008, s. 5-11.

OĞUZ, Mehmet Öcal: Somut Olmayan Kültürel Miras ve Kültürel İfade Çeşitliliği, Milli Folklor Dergisi, Sayı: 82, Yıl: 2009, s. 6-12.

OĞUZ, Mehmet Öcal: Terim Olarak Somut Olmayan Kültürel Miras. Milli Folklor Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 100, Yıl: 2013, s. 5-13.

OĞUZHAN, Özlem: Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nin Çelişkeleri ve Eleştirisi, Milli Folklor Dergisi, Cilt 25 Sayı:100, Yıl: 2013, s. 72-86.

ÖLÇER ÖZÜNEL, Evrim: Geleneğin Geleceği: Somut Olmayan Kültürel Miras Unsuru Olarak Aşıklar, AHBV Edebiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2019, s.39-45, <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvedebiyat/issue/51385/667876>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.

PEKERŞEN, Yeliz / ÇALIK, İsmail: Konya'da Keçecilik Geleneğinin Somut Olmayan Kültürel Miras Açısından Değerlendirilmesi,

- Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 37, Yıl: 2017, s. 339-355.
- RAMAZANOĞLU, Yıldırım: Farklı Bir Bakış ile Anayasa Gerçeği, Egebasım, İstanbul 2012.
- TEMİZ, Gürkan / ÇETİNGÖZ, Burçin Cevdet: Somut Olmayan Kültürel Mirasın Sürdürülebilirliği: Anamur'da Düğün Geleneği, ASOS Congress Bildiri Kitabı, Elazığ 2016, s. 2594-2605, https://www.researchgate.net/publication/315798909_somut_olmayan_kulturel_mirasin_surdurulebilirligi_anamur_da_dugun_gele_negi_sustainability_of_the_intangible_cultural_heritage_the_wedding_tradition_in_anamur, Erişim Tarihi: 20.12.2021.
- TURAN, Sedat: Belediye Başkanlarının Nişan, Nikah, Düğün ve Sunnet Törenlerinde Altın Takıp Takamayacakları ve Belediyenin Bütçesinden Ödenip Ödenmeyeceğinin Mevzuat Açısından İncelenmesi ve Değerlendirilmesi, Turan Yerel Yönetimler Danışmanlık Eğitim Yayıncılık ve Mevzuat, 16.11.2017, <https://sedatturan.com.tr/index.php/makaleler/7-belediye-baskanlarinin-nisan-nikah-dugun-ve-sunnet-torenlere-altin-takip-takamayacaklari-ve-bedelinin-belediye-butcesinden-odenip-odenemeyeceginin-mevzuat-acisindan-incelenmesi-ve-degerlendirilmesi>, Erişim Tarihi: 19.12.2021.
- TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2017.
- TÜRKER, Ali / ÇELİK, İsa: Somut Olmayan Kültürel Miras Unsurlarının Turistik Ürün Olarak Geliştirilmesine Yönelik Alternatif Öneriler, Yeni Fikir Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 9, Yıl: 2012, s. 86-98.
- TÜRKOĞLU, İlknur: Sürdürülebilir Kalkınmada Kültür Mirasının Yeri ve Önemi. Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 20, Yıl: 2020, s. 117-143.
- YENİCE, M. Serhat: Türkiye'nin Kentsel Dönüşüm Deneyiminin Tarihsel Analizi, BAÜ Fen Bil. Enst. Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2004, s. 76-88, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/220331>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.
- YÜCEL, Seher Demet / SALT, Esra: Kültürel Peyzajların Tarihsel Süreç İçerisindeki Değişimlerinin Tespiti: Bursa İznik Örneği, Planlama, Cilt: 28, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 40-55,

<https://planlamadergisi.org/jvi.aspx?pdir=planlama&plng=tur&u n=PLAN-46220>, Erişim Tarihi: 31.12.2021.

ZANTEN, Wim Van: Constructing New Terminology for Intangible Cultural Heritage, Museum International, Cilt: 56, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 36-44.

GAZETELER

Diken: ‘Konya valisinden düğün konvoyu uyarısı: Çevreyi rahatsız eden bir şeyin gelenekle ilgisi yok’ (2020, Şubat 18), <https://www.diken.com.tr/konya-valisinden-dugun-konvoyu-uyarisi-cevreyi-rahatsiz-eden-bir-seyin-gelenekle-ilgisi-yok/>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

En son haber: ‘İzmir’de sokak düğününde ormana doğru havai fişekler atıldı’. (2021, Ağustos 14), <https://www.ensonhaber.com/gundem:https://www.ensonhaber.com/gundem/izmirde-sokak-dugununde-ormana-dogru-havai-fisekler-atildi.>”, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Haber Türk: ‘Balkonda düğünü izliyordu! Sonrası dehşet!’ (2021, Temmuz 21), <https://www.haberturk.com/maganda-oldurdu-sondakika-balkonda-dugunu-izliyordu-sonrasi-dehset-3168954>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Haberler.com: ‘Aksaray’da gurbetçilerin kullandığı otomobil düğün konvoyu ile çarpıştı: 2 ölü’ (2021, Temmuz 16). 30 Aralık 2021 tarihinde <https://www.haberler.com/aksaray-da-3-aracli-trafik-kazasi-2-olu-cok-sayida-14273359-haberi/>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Hürriyet: ‘Gaziantep’de katliam!’ (2016, Ağustos 22), <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/gaziantepde-patlama-40203650>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Kırşehir Haber Türk: ‘Düğün Magandası Kasten Adam Öldürme Suçlamasıyla Yargılanacak’ (2021, Ekim 18), <https://kirsehirhaberturk.com/haber-dugun-magandasi-kasten-adam-oldurme-suclamasiyla-yargilanacak-35330.html>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

NTV: ‘Savaş alanına döndü’, (2021, Ağustos 30), <https://www.ntv.com.tr/turkiye/dugunde-yukse-ses-kavgasiortalik-savas-alanina>

donda,nrzM4GOkYE2c76KA27uH4A, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Sabah: ‘Düğünde havaya ateş açıp, davetliyi öldüren magandaya 18 yıl hapis’, (2019, Aralık 03), <https://www.sabah.com.tr/yasam/:https://www.sabah.com.tr/yasam/dugunde-havaya-ates-acip-davetliyi-olduren-magandaya-18-yil-hapis-4819410>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

ULUSLARARASI METİNLER

“Somut Olmayan Kültürel Miras - Kültürel Çeşitliliğin Aynası” İstanbul Deklerasyonu. (8. Ekim 2002). İstanbul.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi. (1945, Haziran 26), https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm_yeni.html, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Bolivya Anayasası (2009), https://www.constituteproject.org:https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. (1989, Kasım 20), https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm_yeni.html, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi. (1976, Ocak 03). Milletlerarası Sözleşmeler, https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm_yeni.html, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. (1948, Aralık 10), https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm_yeni.html, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi, (2005, Ekim 20), Sözleşmeler, Paris, UNESCO Türkiye Millî Komisyonu, <https://www.unesco.org.tr/Pages/179/177/>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşme. (1976, Mart 23), <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi (2003, Ekim 17), <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-264414/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi.html>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Unesco Kültür Politikaları Bildirgesi, (26 Temmuz-6 Ağustos 1982), Mexico City, https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals401.pdf, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

MEVZUATLAR

664 Sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. (2011, Kasım 2). Resmî Gazete (28103 (Mükerrer)), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/201111102M1-4.htm>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgili düzenlemeyi içeren Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi -1, (2018, Temmuz 10). Resmi Gazete (30474), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu, (2004 Temmuz 21). Resmi Gazete (25529), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5225.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

2872 Sayılı Çevre Kanunu, (1983 Kasım 08). Resmi Gazete (18132), <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2872&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (1934, Temmuz 14), Resmî Gazete (2751), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

2709 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (1982 Kasım 9), Resmi Gazete (17863), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

2169 Sayılı Evlendirme Yönetmeliği, (1985, Kasım 7), Resmi Gazete (18921), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/3.5.859747.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, (2005 Mart 4), Resmi Gazete (25745), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5302.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2021.

EGEMEN MODERN DEVLET PARADİGMASINA KARŞIT BİR YAKLAŞIM OLARAK JOHANNES ALTHUSIUS'UN SİYASET TEORİSİ

Salim ORHAN*

ÖZ

Johannes Althusius'un (1557-1638) siyaset teorisi, uzun bir süre ihmal edildikten sonra yeni bir bilimsel merak konusu haline gelmiş bulunmaktadır. Son yıllarda, hakim modern devlet geleneğine ve paradigmasına yönelik artan eleştiriler ve devlet altı toplulukların tanınma ve hak talepleri, alternatif bir yaklaşım olarak Althusius'un teorisine büyük bir ilgi uyandırmıştır. Köklü ve büyük bir değişim –orta çağdan modern çağa geçiş– sürecine denk gelen Althusius, kendi emsalleri olan diğer düşünürler ile kıyaslandığında günümüzde oldukça az çalışılmış ve incelenmiş bir siyaset ve devlet teorisyenidir. Althusius, birbiriyle ilintili konular olarak başta siyaset terimi olmak üzere topluluk ve toplum, toplumsal sözleşme, devlet, egemenlik, direnme hakkı, federalizm ve din-devlet ilişkisi gibi siyaset teorisinin temel konuları üzerine etraflıca düşünceler geliştirmiştir. Ele alınan bu temalar, devlet ve siyaset teorisinde hala önemini korumayı sürdüren ve tartışılan başat mevzulardır. Bu çalışma, Althusius'un bir bütünlük arz eden siyaset teorisine odaklanmakta ve bu teorisinin analizini yapmayı hedeflemektedir. Bu analiz, salt monolitik bir yöntemle değil;

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: salimbukuk@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9604-8700.

Makalenin Gönderim Tarihi : 30.03.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 13.06.2022.

düşünceleri modern devletin hakim yaklaşımını şekillendiren diğer bazı düşünürlerle de yer yer karşılaştırmalı bir şekilde yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Johannes Althusius, simbiyotik topluluk, modern devlet, toplumsal sözleşme, egemenlik, direnme hakkı, federalizm.

THE POLITICAL THEORY OF JOHANNES ALTHUSIUS AS A CONTRARY APPROACH TO THE DOMINANT MODERN STATE PARADIGM

ABSTRACT

After being neglected for a long time, the political theory of Johannes Althusius (1557-1638) has become a subject of scientific curiosity. In recent years, increasing criticism of the dominant modern state tradition and paradigm and the demands of sub-state communities for recognition and rights have aroused great interest in Althusius' theory as an alternative approach. Althusius, whose life coincided with a time of radical and major change –the transition from medieval to the modern age– is a very little studied political theorist today compared to his peer thinkers. Althusius developed extensive thoughts on the basics of political theory such as the term 'politics', associations and society, social contract, state, sovereignty, right of resistance, federalism, and religion-state relationship as interrelated issues. These themes are the main issues that keep maintaining their importance and are still discussed in state and political theory. This study focuses on Althusius' political theory as a whole within itself and aims to analyze this theory. This analysis does not consist solely of a monolithic method; it also compares Althusius' theory with some other thinkers whose thoughts shaped the dominant approach to the modern state.

Keywords: Johannes Althusius, symbiotic association, modern state, social contract, sovereignty, right of resistance, federalism.

I. GİRİŞ: JOHANNES ALTHUSIUS vs. EGEMEN MODERN DEVLET PARADİGMASI

Modern dünyanın devlet formu olarak modern devlet, tarihin belli bir döneminde ve belli bir coğrafyasında birbiriyle ilişkilendirilebilen birçok faktörün etkisiyle ortaya çıkmıştır. Uzun bir süreç içerisinde şekillendiğinden, modern devletin doğuş tarihine yönelik –sembolik tarihlerin ve olayların ötesinde– kesin bir tarih belirtil(e)memekle birlikte,

ilk biçimiyle 16. yüzyılda ortaya çıktığı da genel olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde Avrupa’da ilk formu olan mutlakiyetçi yönetimler şekliyle ortaya çıkan modern devlet, 17. ve 18. yüzyılda yaşanan çalkantılar sonucunda gelişim ve değişim yaşayarak olgun bir kimliğe kavuşmuştur. Avrupa’da yaşanan birtakım gelişmeler yayılım göstermiş ve zamanla modern devleti küresel bir olgu haline getirmiştir.

Nitekim modern devlet ve siyaset teorisine yönelik yapılan analizlerde ve çalışmalarda günümüzde başvurulan kavramların birçoğu, o süreç içerisinde ya yeni ortaya çıkmış ya da o dönemde modern anlamını kazanmış kavramlardır. O dönemin teorik çerçevesi, başta modern çağın ilk siyasal kuramcısı olarak kabul edilen N. Machiavelli, egemenlik kavramının modern anlamda ilk kullanıcısı olarak görülen Jean Bodin ve egemenlik kuramının içini dolduran ve mükemmel kuramcısı şeklinde nitelenen Thomas Hobbes gibi o döneme tanıklık eden pek çok düşünürün görüşleri çerçevesinde şekillenmiştir. Modern çağın ve modern devletin meydana geliş süreci, her doğum sürecinde olduğu gibi –on yıllar süren din savaşları gibi– oldukça sancılı bir süreç olmuştur. Bu sancılı ve büyük/köklü değişim sürecinde devlet ve toplum ile ilgili başta egemenlik, merkezileşme veya merkezizetçilik ve federalizm, din-devlet ilişkisi, sosyal sözleşme gibi temel birçok konu üzerine dönemin düşünürleri arasında da yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Düşünceleri modern devletin ruhuna işleyen ve egemen olan düşünürler, doğal olarak daha fazla öne çıkmışlardır. Daha sonraki zamanlarda bu konuda yürütülen tartışmalar onların fikirleri etrafında şekillenmiş ve sürmüştür. Diğer yandan çağın hakim paradigmasına aykırı düşünceler beyan eden bir kısım düşünürler ise, uzun bir süre göz ardı edilmişler ve unutulmaya mahkum olmuşlardır. Görmezlikten gelinen, unutilan veya egemen modern devlet paradigması tarafından düşünceleri “susturulan” düşünürlerden biri, hiç şüphesiz Johannes Althusius’tur.

Johannes Althusius’un (1557-1638) yaşamı, modern devlet ve siyaset teorisine yönelik neredeyse her çalışmanın bir şekilde değindiği Machiavelli’nin *Prens*’i (1513) ile Hobbes’un *Leviathan*’ı (1651) arasına denk gelmektedir. Althusius’un düşüncelerinin ihmal edilmesi ve isminin dahi pek anılmaması, fikirlerinin önemsiz veya yüzeysel ya da salt orta çağa ait oluşundan kaynaklı değildir. Bilakis Althusius, “Bodin ile Hobbes arasındaki en bilge/derin politik düşünür”¹ şeklinde nitelenmiş ve

¹ Frederick S. Carney, “Translator’s Introduction”, in Johannes Althusius, *Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and*

anılmıştır. Orta çağ ile modern çağ sarkacında bir düşünür olarak Althusius'un ele aldığı ve tartıştığı konular doğrudan günümüzün güncel meselelerine de hitap etmektedir. Hatta bu konuların bir kısmının öncüsü olmasına karşın, çok az incelenmesi ve ilgi görmüş olması dikkat çekici bir durumdur. Bu çerçevede, Althusius'un fikirlerinin araştırılması ve incelenmesi, sadece tarihsel bir figür ve düşünür olarak değil, aynı zamanda zamanımızın siyasal ve anayasal sorunları ve teorileri açısından da önem arz etmektedir. Althusius'u "ilk federalist" (first federalist) olarak kabul eden Daniel Elazar², Althusius'un günümüzde okunmaya tabi tutulmasını ve siyasal teori sahnesine çıkmasını şöyle ifade etmektedir:³

"Althusius'u okumak, onun fikirlerinin zamanımız için ne denli önemli olduğunu keşfetmektir. Modern çağın devlet mekanizmasının önünde politik olarak çıplak duran bireysel yurttaşlar etrafında inşa edilmiş homojen ulus-devlete yönelik büyük empozisiyle üç yüzyıl boyunca gölgede kalan Althusiusçu fikirler, daha modern siyasi ağlarıyla, primordial/ilkel grupları ve siyasi toplulukları çağdaş siyasi yaşamın bir parçası ve parseli olarak yeniden tanıması ve hem evrenselcilik hem de tikelcilik –ekümen ve cemaat– için federalist çabasıyla post-modern çağda çok daha uygun görünmektedir."

Althusius'un düşünceleri, esasen Elazar'ın burada belirttiğinden çok daha fazlasını sunmaktadır. Althusius, hakim modern devlet geleneğinin veya paradigmasının temelini oluşturan siyasal düşünce

Profane Examples (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995, s. ix.

² Althusius'un siyasal sistemini federalist sistem olarak adlandıran ilk kişi, Otto von Gierke olmuştur. Gierke, Althusius'u feodal siyasi yaşamın belirli ilkelerini orta çağ sonrası topluma uyarlamaya çalışan bir teorisyen olarak tanımlamaktadır. Ancak son zamanlarda Althusius, çağdaş federalizmin öncüsü veya babası olarak kabul edilmektedir. Esasen federalizm bir yenileme kipi olarak kabul edildiğinde burada bir çelişki ortaya çıkmamaktadır. Otto von Gierke, The Development of Political Theory, Translated By Bernard Freyd (First published in 1939 by W.W. Norton & Company Inc.), Reprinted, Routledge, Milton & New York, 2018, s. 257.

³ Daniel J. Elazar, "Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth" in Johannes Althusius, Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995, s. xlvi.

disiplini ile çelişen bir düşünce tarzını (bir karşı geleneğin başlangıcını) temsil etmektedir.⁴ Althusius, egemen modern devlet anlayışına alternatif bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Egemen modern devlet teorisi, farklı yaklaşımlar içerse de, temelde –iki varlık olarak– devlet ve birey üzerine bina edilmiştir. Bu anlayış, bir tarafta devletçi-bireycilik ve diğer tarafta devletçi-kolektivizm olarak bir hat üzerinde süreklilik göstermektedir. *Devletçi-bireycilik*, bireysel hakların korunmasına yönelik stratejilerle siyasi iktidarın risklerini savuşturmaya ve bertaraf etmeye çalışmaktadır. Bunun aksine *devletçi-kolektivizm* ise, devletçi-bireyciliğin öncedeği bireysel hakları görmezden gelmekte ve homojen devletçi bir ulus oluşturma konusunda belirginlik kazanmakta ve devleti öncelemektedir. Ancak modern devletin bu her iki yaklaşımında da temelde devlet ve birey dışında herhangi bir yapı bulunmamakta ve devletçilik ön plana çıkmaktadır. Devlet, vatandaşların devlet tarafından belirlenen kimliklerinden başka hiçbir kamusal kimliğe sahip olmayan düşman bireyler arasında kamu barışını koruyan merkezi bir güç aygıtı olarak değerlendirilmektedir. Burada devletin belirlemiş olduğu kimlikten başka bir kimlik ve devlet topluluğu yani tüm sakinlerinin homojenleştirilmiş kamusal bir topluluk dışındaki herhangi bir topluluk tanınmaz ve hoş görülmez. Devlet dışında veya spesifik olarak birey ile devlet arasında herhangi bir siyasi otorite aygıtı kabul edilmemektedir. Böyle devletçi bir yaklaşım, herhangi bir gerçek insan topluluğunun temelden yokluğundan ve devletle birleşmiş soyut atomist bireyler arasındaki temelde uzlaşmaz ve düşmanca ilişkilerin ön kabulünden ortaya çıkmaktadır. Bu öncüllere dayalı devlet, kamu barışını korumak maksatlı olan yasama, yürütme ve yargı organlarında özetlenen merkezi egemen siyasi güçtür. Tüm bireyler temelde aynı kabul edilmekte ve aralarında var olabilecek herhangi bir farklılık, hiçbir zaman gerçek ve politik olarak daha belirgin bir biçimde kabul edilmemektedir.⁵

Bu paradigma, 16. ve 17. yüzyıllarda modern devletin ortaya çıkışından bu yana modern siyaset biliminin ve anayasal düşüncenin yanı sıra kamusal söylemde de baskın akım olmuş ve siyaset hakkındaki

⁴ Thomas O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism*, Wilfred Laurier University Press, Waterloo, Ontario 1999 s. 20.; Koos Malan, “The Foundational Tenets of Johannes Althusius’ Constitutionalism”, *PER / PELJ*, Vol: 20, 2017, s. 3. (<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a1344>).

⁵ Malan, “The Foundational Tenets of Johannes Althusius’ Constitutionalism”, s. 1-9.

düşüncenin çerçevesini belirlemiştir. Karşıtı olduğu bu paradigmanın egemen olması ile Althusius'un görüşleri göz ardı edilmiş ve görünmez olmuştur. 17. yüzyılda Avrupa devlet inşasının yönü üzerindeki mücadelede devletlerin bileşik siyasi birlikler olarak federal ilkelere göre inşa edilmesini talep eden Althusiusçu görüş, Jean Bodin ve tüm yetkilerin iktidar piramidinin tepesindeki ya da egemen bir merkezde ilahi olarak atanmış bir krala verildiği somutlaşmış merkezi devletlerin kurulması çağrısında bulunan devletçilerin görüşlerine karşı kaybetmiş olduğunu belirtmek mümkündür.⁶ Althusiusçu düşünce 17. yüzyılın ikinci yarısına kadar savunucularına sahipken, bundan sonra siyaset felsefesinin ana akımından kaybolmuştur. Sadece çok kısa bir süre popüler olan teorik çalışmaları, hem çağdaşları hem de sonradan gelen nesiller tarafından çok ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Düşük ahlaki standartla ve isyan ve kargaşa lehine olmakla suçlanmış, çalışması “*vebalı bir aldatmaca ve işkence dolu bir dünya*” (*error pestilens et torbando orbis aptus*) olarak tanımlanmış ve öğrencilere verilmek yerine 1787’de yakılması dahi önerilmiştir.⁷ Mutlakiyetçi yönetimler döneminde rağbet görmeyen Althusius, Fransız Devriminden sonra formuna kavuşan üniter ulus-devlet döneminde de ilgisiz kalmıştır. Nihayet 19. yüzyılda Almanya’nın federal ilkeler üzerinden birleştirilmesini isteyen düşünürlerden Otto von Gierke’nin keşfetmesiyle yeniden ilgi görmeye başlamıştır.⁸ Ancak bu yeni ilgi de Althusius’un çalışmalarının değerini takdir edecek bir düzeye ve alakaya ulaşmamıştır. Almanya’nın devleti somutlaşmış bir varlık olarak ele almaya ve nihayet totaliterliğe doğru yönelişi, Althusius’un düşüncelerini görünmez kılmıştır.⁹ Klasik ulus-devlet yaklaşımının pratik siyasette ve siyasi düşünceye egemen olmasından, Althusius’un siyaset teorisi yakın bir döneme kadar ya

⁶ Elazar, “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xxxviii.

⁷ Thomas Hueglin, “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, Publius, Autumn, 1979, Vol. 9, No. 4, s. 17. (ss. 9-41).

⁸ Bkz. Gierke, The Development of Political Theory. Otto von Gierke’nin ilk olarak 1880’de Almanca *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* başlığıyla yayımlanan eseri, daha sonra 1939’da İngilizceye çevirisi yapılmıştır. Gierke’nin 1880’deki çalışmasından sonra 1932’de Carl J. Friedrich ve 1964’te de Frederick S. Carney, Althusius’un başyapıtı olan *Politica Methodice Digesta* adlı eserini İngilizce’ye tercüme etmişler ve birer “giriş” yazarak yayımlamışlardır.

⁹ Elazar, “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xxxix.

sadece tarihsel bir ilgiye ya da üniter devlet gözlüğü ile salt sathi bir eleştirel nazara maruz kalmış veya en iyi ihtimalle marjinal öneme sahip bir düşünce olarak değerlendirilmiştir.¹⁰ Ancak son zamanlarda egemen modern devlet geleneğine dönük artan eleştiriler ve bu çerçevede siyasal ve anayasal düzlemde yeni alternatif arayışlar, Althusius'u yeniden ortaya çıkarmış ve ona yönelik yeni bir ilgi dalgasını meydana getirmiştir.

Klasik modern devlet yaklaşımında iki varlık olarak sadece devlet ve bireyin kabul görmesi ve devlet ile birey arasında başka bir yapının kabul edilmemesi, kültürel, dinsel, dilsel ve yerel topluluklar tarafından son yıllarda şiddetle eleştirilmektedir. Bu toplulukların kimliksel taleplerinin yükselişi ve anayasal olarak tanınma isteklerinin artışı, artık görüşlerinin göz ardı edilemeyeceği bir figür olarak Althusius'u yeniden siyaset teorisinin ilgi odağına getirmiştir. Hem felsefi hem de uygulamada sınırsız bireyciliğin sonuçları görülmeye başlandığı için, siyaset bilimciler primordiyal gruplarla –özellikle etno-kültürel topluluklarla- ilgili özgürlük sorunlarını incelemeye başladılar. Tam da böyle bir ortamda Althusius'un çağdaş topluma sunacağı çok şey olduğu fark edilmiştir.¹¹ Bu çerçevede Althusius'un teorisi, çok uzun bir süreden beri siyasal ve anayasal uygulamaya ve teoriye egemen olan devlet anlayışına ve politikasına yönelik ileriye dönük kapsamlı bir alternatif oluşturmaktadır. Althusius'un sadece tarihsel bir düşünür olmadığı, aynı zamanda çağdaş topluma da çok şey söylediği ve düşüncelerinin günümüz siyasal ve anayasal sorunlarına yönelik de çözüm seçeneği sunduğu artık fark edilmekte ve kabul görmektedir. Althusiusçu düşüncenin çağdaş anayasa ve siyaset sorunlarının çözümüne yapacağı katkı, elbette Althusius'un teorisinin çağdaş siyasal ve anayasal teori ve pratiğe kapsamlı bir aktarımı anlamına gelmemektedir. Nitekim Althusius'un çalışmalarında günümüz siyasetinin temel konularından bir kısmına ya doğrudan hiç değinilmemiş ya da –demokrasi gibi– detaylı olarak ele alınmamıştır.

¹⁰ Hueglin, “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, s. 18. Kendi dönemindeki emsalleri olan düşünürlerle kıyaslandığında Althusius'un fikirleri oldukça az çalışılmış ve analiz edilmiştir. Althusius'un teorisine yönelik çalışmaların az sayıda oluşu, bizatihi bu durumu göstermekte ve bu durumun başlıca delilini oluşturmaktadır.

¹¹ Elazar, “Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xxxix.

Bu çalışma, Althusius'un siyaset teorisini incelemeye odaklanacaktır. Althusius; birbiriyle ilintili konular olarak başta siyaset terimi olmak üzere, devlet, toplum, toplumsal sözleşme, egemenlik, direnme hakkı, devletin yönetim yapısı ve din-devlet ilişkisi gibi siyaset teorisinin temel konuları üzerine etraflıca düşünceler geliştirmiştir. Bu konular hakkındaki düşüncelerinin genel ilkelerini kapsayacağından ve yansıtacağından siyaset teorisi, temel bir kavram olarak bu çalışmanın başlığı için de tercih edilmiştir. Ancak teorisini incelemeden önce Althusius'un hayatından kısaca bahsetmek daha doğru olacaktır. Yaşam koşulları ve yaşam biçimi, düşüncesinin oluşumunu doğrudan etkilemiş ve teorisini şekillendirmiştir. Hem yaşadığı pratiği kuramsallaştırmaya hem de kuramını uygulamaya çalıştığından, yaşamı ile düşünceleri arasında etkileşimsel bir ilişki göze çarpmaktadır.

Johannes Althusius, 1557'de Almanya'nın Westphalia bölgesinde Calvinist bir bölge olan Diedenshausen'de müteviz bir ailede dünyaya gelmiştir. Köln ve ardından Basel'de üniversite öğrencisi olarak görünene kadar, ilk gençlik yıllarına ait yeterli bilgi bulunmamaktadır. Bir yerel kontun yardımıyla hukuk, felsefe, teoloji ve tarih okumuştur. 1581'den başlayarak önce Köln'de Aristoteles felsefesi üzerine çalışmış ve ardından Basel'de hukuk öğrenimi görmüştür. Basel'deki yıllarında meşhur Protestan monarkomaklardan Farnçois Hotman ile tanışmıştır. Hotman'ın onunla özel olarak ilgilendiği düşünülmektedir. Onun belediye özerkliği, özyönetim ve cumhuriyetçi anayasacılık düşüncelerinin pekişmesinde muhtemelen İsviçre yaşam tarzıyla ilgili deneyiminin etkisi olmuştur.¹² 1586'da Cenevre'ye gitmiş ve Roma Hukuku'nun tam derlemesini yapan ilk kişi olan başka bir Fransız Protestan Denis Godefroy ile tanışmıştır. Ardından Basel'e dönmüş ve Roma hukuku üzerine doktora tezini yazarak hukuk alanında doktorasını almıştır.¹³ Doktorasını aldıktan kısa bir süre sonra Althusius, Herborn'da birçok ülkeden öğrencilerin katılım gösterdiği yeni kurulmuş bir Calvinist Üniversitede Roma hukuku ve felsefe alanında dersler vermeye başlamıştır. 1594'te hukuk profesörü olmuş ve ilkin 1597'de daha sonra

¹² "Althusius, Johannes (1557–1638)", in *Encyclopedia of Philosophy*. *Encyclopedia.com*. (March 29, 2022). <https://www.encyclopedia.com/humanities/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/althusius-johannes-1557-1638>.

¹³ Aynı yıl (1586) doktora tezine dayanan ilk kitabını *Juris romani libri duo* adıyla yayımlamıştır. Roma hukukunun temel sorunlarına odaklanan bu kitap, felsefi açıdan da ilgi çekmekteydi.

1602’de Almanya’da Kalvinizm’in sığınağı gibi olan Herborn Üniversitesine rektör olarak atanmıştır.

Soyluların ve din adamlarının müdahale ve ihlallerine karşı üniversitenin özgürlüğünü şiddetle savunmuştur. Bu süreç içerisinde ileri gelen bazı hukukçu ve ilahiyatçılarla yoğun tartışmalar içerisine girmiş ve nihayetinde 1603’te temel düşüncelerini ve siyaset teorisini sistematik olarak ortaya koyduğu başyapıtı olan *Politica Methodice Digesta et Exemplis Sacris et Profanis Illustrata* isimli eserini yayımlamıştır.¹⁴ Friedrich’in de belirttiği gibi, Althusius’un temel eseri olan bu kitap bir nevi hayatının doruk noktasıdır.¹⁵ Roma hukukunun sorunlarını tartıştığı doktora tezine dayalı kitabı ile siyaset teorisi ile ilgili bu şaheserinin dışında Althusius, 1601’de ahlak üzerine *Civilis conversationis libri duo* başlıklı bir kitap ve 1617’de o dönem bilinen tüm eski ve yeni hukuk kurallarını birleştirerek kapsamlı bir hukuk sistemini inşa etmeyi amaçlayan *Dicaiologicae* isimli başka bir kitap daha yazmıştır.

Althusius, *Politica*’sının ilk yayımından bir sene sonra 1604’te o dönem “Kuzeyin Cenevresi” olarak bilinen Almanya’nın Emden kentine önemli bir kamu görevi olan *syndic*’liğe seçilmiştir.¹⁶ Hayatında

¹⁴ Kelimenin tam tercümesiyle *Dini ve Dindışı Örneklerle Metodik Bir Şekilde Düzenlenmiş ve Açıklanmış Siyaset* anlamına gelen bu eserin ismi çalışmalarda genellikle bu şekliyle kullanılmamakta ve daha kısa bir isim olarak *Politica Methodice Digesta* şekliyle kullanılmaktadır. Bu kısa isim ise, *Yönetim Politikası Yöntemleri* şeklinde Türkçeye tercüme edilmiştir. Mehmet Ali Ağaoğulları & Cemal Bali Akal & Levent Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 60. Althusius, edindiği tecrübeler ve yaptığı tartışma ve okumalara dayalı olarak bu temel eserini sürekli olarak gözden geçirip geliştirmiştir. Althusius hayattayken *Politica Methodica Digesta*’nın üç baskısını yapmıştır. 1603’te ilk baskısı yapılan bu eser, 1610 ve 1614’te tekrar yayımlanmış ve üçüncü baskısı birinci baskısının yaklaşık iki kat büyüklüğünde olmuştur.

¹⁵ Althusius, Johannes (1557–1638)”. in *Encyclopedia of Philosophy. Encyclopedia.com*. (March 29, 2022).

¹⁶ *Syndic*, belirli ülkelerde birçok yetkiyle donatılmış bir görevli için kullanılan bir terimdir. Bu kişi yerel idarenin başında bulunur. Yerel idarenin sakinleri tarafından seçilen bir belediye başkanına ve bir hükümet görevlisine denk gelen kişidir. Hugh Chisholm, (ed.) “*Syndic*“, in *Encyclopædia Britannica*, Vol. 26, 11th Edition, Cambridge University Press, 1911, s. 293. (https://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica/Syndic).

belirleyici bir dönüm noktasını oluşturan bu görevi 1638'de ölene kadar 34 yıl boyunca sürdürmüş ve şehrin hem dini hem de siyasi işleri üzerinde hâkim bir figür olarak kalmıştır. Hueglin'in de belirtmiş olduğu gibi, bu göreve gelmesinde muhtemelen Kalvinist geçmişi etkili olmuştur.¹⁷ Bu görev, ona kuramını uygulama fırsatı sağdığı gibi; bu görevdeki tecrübesi de kuramını geliştirmesine vesile olmuştur. Nitekim Althusius, o dönem bölge lorduna karşı bağımsızlık arayışında olan Emden şehrini, *Politica*'nın üçüncü baskısının giriş kısmında kendi işlerini yönetmede egemen ve bağımsız bir şehir olarak Emden Cumhuriyet'i olarak anmaktadır.¹⁸

Çok sayıda tekrar ve fazlalıklarla dolu bir şekilde yazılmış olmakla birlikte Althusius'un *Politica*'sı çok fazla bilgi içermektedir. Klasik yazarlar ve düşünörlere ek olarak kendi zamanında yazılmış 150'den fazla esere atıfta bulunmakta ve alıntılar yapmaktadır. Aslında bu atıf ve alıntılar, Althusius'u en çok kimlerin etkilediği konusunda da fikirler vermektedir. Bu çerçevede Althusius'un fikirlerinin oluşumunu etkileyen birçok düşünür ve olgunun bulunduğunu belirtmek mümkündür. Althusius üzerinde Kalvinizm mezhebinin kurucusu olan Jean Calvin'in etkileri çok bariz bir şekilde göze çarpmaktadır. İncil'i yoğun olarak refere etmektedir, ancak atıf yaptığı İncil'i Kalvinist bir pencereden okumaktadır. Olgusal olarak Alman topluluk geleneğinin de Althusius üzerinde çok ciddi etkisi olduğu düşünülmektedir ki, geleneksel Alman hukuku ile Althusius'un öğretisi arasında derin bir yakınlık

¹⁷ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 16.

¹⁸ Althusius'un hayatı ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Thomas O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism*, Wilfred Laurier University Press, Waterloo, Ontario 1999; Otto von Gierke, *The Development of Political Theory*, Translated By Bernard Freyd (First published in 1939 by W.W. Norton & Company Inc.), Reprinted, Routledge, Milton & New York, 2018; Alain de Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", Translated by Julia Kostova, Originally published in *Krisis*, Vol. 22, March 1999, s. 25-28. (https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/alaindebenoist/pdf/the_first_federalist_althusius.pdf); Carney, "Translator's Introduction", s. ix-xxxiii; Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 59-61; Patrick Overeem, "Johannes Althusius on Public Administration", *Administrative Theory & Praxis*, Vol. 36, Issue: 1, 2014, s. 33-34.

bulunmaktadır.¹⁹ Hueglin, Althusius'un teorisinin gelişimi üzerindeki en önemli etkileri şu şekilde özetlemektedir:

“Althusius, siyasi görüşlerini ve kuramsal mukavemetini, siyaset teorisinin ve pratiğinin hepsinin o dönem bir noktada birleştiği ve karşılıklı olarak birbirini desteklediği üç ögesinden türetmiştir: Dini azınlıklar için yeni geliştirilmiş bir hayatta kalma doktrini olarak siyasi Kalvinizm, insan doğasında yerleşik olan işbirlikçi sosyalliğin yeniden keşfedilmiş bir tarihsel olumlaması olarak Aristoteles'in Siyaseti ve son olarak da yaşayan Alman toplulukçuluğu ve kardeşliği geleneği.”²⁰

II. ALTHUSIUS'UN TEORİSİNDE TOPLULUKLAR VE TOPLULUKLARIN SANATI OLARAK SİYASET

Althusius, siyaseti sistematik olarak incelediği *Politica*'nın birinci ve üçüncü baskılarına yazmış olduğu önsözlerde siyasetin yeni bir yaklaşımla ele alınması gerektiğini belirterek siyaset biliminin (scientia politica) özel alanını betimlemeye çalışmıştır. Bu bağlamda siyasetin veya siyaset biliminin felsefe, teoloji ve hukuk gibi disiplinlerden özerk bir disiplin olduğunu vurgulamaktadır.²¹ Ancak siyaset biliminin bu özerkliği diğer disiplinlerle hiçbir ilişkisinin olmadığı anlamına gelmemekte, özellikle hukuk bilimi ile yakın bir ilişkisinin olduğunu da belirtmektedir. Bir açıdan, Althusius burada tamamen yeni bir şey ifade

¹⁹ De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 47-49.

²⁰ Hueglin, Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism, s. 56.

²¹ “Ahlakçının bıraktığı yerde ilahiyatçı başlar; fizikçinin bittiği yerde hekim başlar; ve siyaset bilimcinin bittiği yerde hukukçu başlar. Türdeşlik nedeniyle, aynı kökenli sanatlardan sadece kendimize ait olanı alarak sınırları ve hudutları kolayca atlamamalıyız. Bu sanatlarda benzer şeyler arasında ayırım yapmak için gerçekten sağduyu ve keskin ve nüfuz edici bir yargı gereklidir. Her sanatın doğal ve gerçek amacını ve biçimini sürekli göz önünde bulundurmak ve her bir sanat için adaletin koyduğu sınırları aşmamak ve böylece bir başkasının ürününü biçmemek için onlara çok dikkat etmek gerekir. Her bilime hakkımı (suum cuique) verdiğimizden ve ona yabancı olanı kendimiz için talep etmediğimizden emin olmalıyız.” Johannes Althusius, *Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995, s. 5

etmemektedir. Çünkü Antik Yunan'da ve orta çağ boyunca filozoflar, teologlar ve bilim adamları kendi muhtelif disiplinlerini farklılaştırmaya çalışmışlardır. Fakat başka bir açıdan değerlendirildiğinde farklı bir mantığa denk gelmektedir. Althusius'un vurguladığı metot, Fransız düşünür Peter (Petrus) Ramus'un "ramistik" mantığına denk gelmektedir.²² Althusius'un kullanmış olduğu ramist mantık, Aristoteles'in kıyas mantığından tamamen ayrı ve ilgisiz olmasa da, ondan farklılık göstermektedir. Carney'e göre, Ramus'un adalet yasası "her sanatın veya bilimin kendi amacına sahip olduğunu, bu amacın belirli bir sanata (suum cuique) özgü olanı belirlemek için bir ilke olarak hizmet ettiğini ve ona uygun olmayan her şeyin kesinlikle dışlanması gerektiğini göstermektedir".²³ Nitekim Althusius da bu yaklaşımdan hareketle her bir sanatın ve bilimin doğal bir amacı olduğunu ve bu amaçların aynı zamanda bu bilimlerin sınırlarını da belirlediğini net bir biçimde ifade etmektedir.

Althusius, bu mantıktan yürüyerek siyaset biliminin meşru alanını ortaya çıkarmaya çalışmakta ve siyaset biliminin alanının/sınırlarının ise amacı ile belirlendiğini belirtmektedir: "Siyaset biliminde ne kadar ileri gidilebileceği, amacı tarafından yeterince gösterilir. Gerçekte bu, topluluğun/birliğin, insan toplumunun ve sosyal hayatın yararlı, uygun ve gerekli araçlarla bizim iyiliğimiz için kurulabileceği ve hizmet edebileceğidir. Bu nedenle, bu amaca katkıda bulunmayan bir kaide varsa, heteronom olarak reddedilmelidir."²⁴ Dahası net bir biçimde diğer disiplinlerden –siyaset bilimi ile çok yakın ilişkili olarak gördüğü hukuk biliminden– farkını şu şekilde saptamaktadır: "Şimdi siyaset bilimci, egemenliğin (capita majestatis) kaynaklarının ne olduğunu doğru bir şekilde öğretir ve bir devletin kurulması için neyin gerekli olabileceğini araştırır ve belirler. Hukukçu ise bu egemenlik kaynaklarından belirli zamanlarda doğan hakkı (jus) ve halk ile hükümdar arasında akdedilen sözleşmeyi gerektiği gibi ele alır."²⁵ Althusius'a göre siyaset bilimi hukukun temelini oluşturur. Başka bir deyişle siyaset

²² James W. Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", *Philosophia Reformata*, Vol. 39, No. 3/4, 1974, s. 171; Overeem, "Johannes Althusius on Public Administration", s. 34-35.

²³ Carney, "Translator's Introduction", s. xiii.

²⁴ Althusius, *Politica*, s. 5.

²⁵ Althusius, *Politica*, s. 6.

bilimi, hukuku, hukukun oluşumunu ve adil insan ilişkilerini mümkün kılan koşulları araştırmaktadır.²⁶

Althusius'un kitabının ilk bölümü siyasetin tanımını, konusunu ve siyasal insanın amacını açıklama ile başlamaktadır:

“Siyaset, insanlar arasındaki toplumsal hayatı kurmak, geliştirmek ve korumak amacıyla onları birleştirme (consociandi) sanatıdır. Bu nedenle “simbiyotik” denilmektedir. Buna bağlı olarak siyasetin konusu, toplumsal yaşamın uyumlu bir şekilde sürdürülmesi için gerekli ve yararlı olan her türlü karşılıklı birlikteliğin/sosyal iletişimin sağlanması konusunda simbiyotların açık veya zımnî bir anlaşma ile kendilerini birbirlerine adadıkları topluluklardır/birliklerdir (consociatio). Siyasal ‘simbiyotik’ insanın amacı, gerekli ve yararlı hiçbir şeyden yoksun olmayan kutsal, adil, müreffeh ve mutlu simbiyosistir. Doğrusu, bu hayatı yaşarken hiç kimse kendi kendine yeterli değildir (α τ á ρ κ η ς) veya doğası gereği yeterince donanımlı değildir.”²⁷

İnsanı toplumsal bir varlık olarak ele alan Althusius'un siyaset terminolojisine yapmış olduğu en özgün katkı, “simbiyosis” kavramını kullanmasıdır. Kelimenin tam anlamıyla “birlikte yaşama” anlamında Eski Yunan felsefesinden ve erken dönem Hristiyanlık kaynaklarından türetilmiştir. Ancak o kaynaklarda genellikle biyolojik bir anlamda kullanılmaktayken; Althusius, bunu sistematik olarak siyasal bağlam içerisinde kullanmıştır.²⁸ Althusius'un simiyosis teorisini biyolojik bir anlama indirgemeye ve biyolojik bir perspektife özgülemeye çalışmak, Althusius'un teorisini yanlış bir okuma biçimi olacaktır.²⁹ Simbiyosis

²⁶ Henk E.S. Woldring, “The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius”, European Journal of Law and Economics, Vol. 5, Issue 2, 1998, s. 124.

²⁷ Althusius, Politica, s. 17.

²⁸ Hueglin, “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, s. 22.

²⁹ Friedrich, Althusius'un simbiyosis teorisini “biyolojik determinizm” biçiminde okumaktadır. Skillen, “The Political Theory of Johannes Althusius”, s. 172. Gemalmaz, simbiyosis teriminin biyoloji disiplinine ait bir kavram olmasını ve Althusius'un kitabında kullanmış olduğu metaforik örnekleri kullanarak Althusius'un simbiyosis teorisini biyolojik bir perspektiften geliştirdiğini ileri sürmektedir. H. Burak Gemalmaz, “Johannes Althusius'da Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı”, İÜHFM, Cilt: LXVIII, Sayı: 1-2, 2010, s. 45.

termininin biyolojik bir sözcük olması ve biyoloji sözcüğü ile ortak kökenin bulunması, böyle bir yorumlamayı haklı çıkaramaz. Çünkü Althusius'un teorisinde simbiyosis, beden ve ruhu içeren “birlikte yaşayan” insan topluluğu anlamında kullanılmaktadır.³⁰ Nitekim Althusius, sadece biyolojik ihtiyaçların değil “bedenin ve ruhun ihtiyaçları ve ruhlarımıza ekilen erdem tohumlarının” birlikte yaşama zorunlu kıldığını belirtmektedir.³¹ Althusius'un simbiyosis kuramının temelini, önemli ölçüde yararlandığı/etkilendiği ve çalışmasında çok fazla atıfta bulunduğu Aristoteles'in insanın sosyal/siyasal bir hayvan (zoon politikon) olduğu görüşü oluşturmaktadır.³²

Yalıtılmış bireyin kendi kendine yeterli olamayacağını belirten Aristoteles'i³³ takip eden Althusius da, insan olmanın birbirine bağlı bir veya birden fazla topluluğa ait olmanın işlevi olduğunu belirtmektedir. Althusius'a göre, insanın toplumsal oluşu bir zorunluluktur ve dolayısıyla simbiyotik yaşam o kadar doğaldır ki, insan onuz kendini gerçekleştirmez. İnsanın toplumsallığı özgür bir seçim değildir; aksine bireyi, hayati öze doğru iten mutlak bir zorunluluktur.³⁴ Açıkça burada Althusius'un, insanın kendine özgü doğasını belirlenmiş bir dünyada elde eden sosyal bir varlık olduğunu söyleyen antik ve orta çağ geleneklerine yakın durduğu göze çarpmaktadır. İnsan, yalnızca bireylerden oluşan bir grup değil; ahlaki, hukuki ve politik bir kişidir. Althusius'un topluluk hakkındaki görüşleri, bu konudaki modernist bakış açısıyla tezat bir uçta durmaktadır. Althusius, toplulukları keskin bir biçimde yok sayan radikal atomist bireycilik veya aşırı liberalizm ya da bunun öncüsü olarak yalın birey dışında ontolojik olarak gerçek hiçbir şeyin bulunmadığını esas olan düşünceleri reddetmektedir. Bu yaklaşımların aksine Althusius'a göre, toplum bireylerden önce gelmektedir. Toplum, öncelikle rekabet eden soyut bireylerden değil, topluluklar içinde birlikte yaşayan ve işbirliği yapan insanlardan oluşur. Onun bakış açısı Hobbesçu herkesin herkesle

³⁰ Skillen, “The Political Theory of Johannes Althusius”, s. 176.

³¹ Althusius, *Politica*, s. 23.

³² “Besbelli ki, insan arının ya da topluluk içinde (sürü halinde) yaşayan başka herhangi bir hayvanın olmadığı anlamda bir siyasal hayvandır.” Aristoteles, *Politika*, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 9.

³³ Bkz. Aristoteles, *Politika*, s. 33.

³⁴ De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 31.

savaşı (bellum omnia contra omnes) değil³⁵, daha çok simbiyotik ortaklık/birlikteliktir (consociatio symbiotica).³⁶ Sonuç olarak insan tek başına zayıftır ve varlığını sürdüremez ve bu nedenle topluluklar halinde yaşamaktadır. Althusius, Aristoteles'e atıfta bulunarak toplum içinde yaşamak istemeyen veya gereksinimlerinden dolayı topluma herhangi bir ihtiyacı olmayan bir kimsenin ya bir canavar ya da bir tanrı olduğunu ifade etmektedir.³⁷ Nihayet karşılıklı olarak birbirine bağımlı insanlardan oluşan toplulukta herkes kendi özel yeteneğiyle katkıda bulunarak gerçek ve sağlıklı insan yaşamını mümkün kılmaktadır.

Althusius, bir topluluk içinde karşılıklı bağımlılık içinde yaşayan her bir insanın sahip olduğu kabiliyetler ile değerli katkılarda bulunduğu ve böylece herkesin makul ve mutlu bir varoluşunun sağlandığı bir ortak yaşamın veya simbiyotik yaşamın esas olduğunu belirtmektedir.³⁸ İnsan varoluşunun toplumsal karakterinden ortaya çıkan karşılıklı bağımlılık ve ihtiyaç, iletişim/dayanışma/birliktelik (communicatio) ile var olmaktadır. İletişim/dayanışma, Althusius'un siyaset sistemi üzerine çok egemen bir toplumsal boyut vermektedir. Bir topluluk içinde yeteneklerin, malların ve hizmetlerin/görevlerin ortak paylaşımı ortaya çıkmaktadır. Althusius'a göre iletişimin/dayanışmanın çeşitli boyutları bulunmaktadır: “Bu karşılıklı iletişim/dayanışma veya ortak girişim, (1) eşyaları, (2) hizmetleri/görevleri ve (3) ortak hakları (jura) içermektedir. Ki bunlar vasıtasıyla her bir simbiyotun sayısız ve çeşitli ihtiyaçları karşılanır, yaşamın ve insan toplumunun kendi kendine yeterliliği ve karşılıklılığı sağlanır ve sosyal yaşam kurulur ve korunur.”³⁹

Eşyaların/malların dayanışması (communication of things [res]), simbiyotların bireysel ve kolektif ortak yararı için gerekli ve yararlı malların simbiyotlar tarafından toplumsal hayata kazandırma; hizmetlerin/görevlerin birlikteliği (operae), toplumsal hayat uğruna

³⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2007, s. 94.

³⁶ Bu görüş, Althusius'un liberal, tekdüzeci ve merkezîyetçi değil, toplulukçu/komüniter/cemaatçi, çoğulcu ve federalist olmasına izin vermiştir. Hobbes'in yaptığı gibi egemen modern devlet için bir neden ve savunma yerine, bileşik aşağıdan yukarıya doğru bir federalizm geliştirmiştir. Malan, “The Foundational Tenets of Johannes Althusius' Constitutionalism”, s. 11.

³⁷ Althusius, *Politica*, s. 25.

³⁸ Althusius, *Politica*, s. 23.

³⁹ Althusius, *Politica*, s. 19.

simbiyotların emeklerinin ve mesleklerinin kullanımı; hakların ortaklığı (jura), simbiyotların kendi aralarında ortak bir hayatta yaşadığı ve adil yasalar tarafından yönetildiği süreci ifade etmektedir.⁴⁰

İnsan eyleminin en yüce amacı olarak siyaset, böyle bir yaşamı destekleme ve geliştirme hedefine hizmet etmektedir. Siyaset, toplumsal yaşam için gerekli ve faydalı şeylerin birlikteliği, iletişimi ve dayanışmasıdır. Bu iletişim/dayanışma, simbiyotların ortak faydası için toplumsal yaşamı meydana getiren eşyaları/malları, hizmetleri/görevleri ve hakları içermektedir.⁴¹ Bir dayanışma süreci olarak siyaset, bir iktidar ve yönetim otoritesi sorunundan ziyade; karşılıklı bir yardımlaşma, saldırgan olmama, işbirliği ve güvendir. Bunun sağlanabilmesi için böyle bir politik sistemin, oldukça yüksek derecede bir sosyal eşitliği gerektirdiği anlaşılmaktadır. Ancak Althusius'un yaklaşımında, insanlar sadece doğaları gereği doğuştan farklı yetenek ve şanslara sahip değiller, aynı zamanda sosyal hayat içerisinde de insanlar birbirinden oldukça farklı statülerde olabilmektedir. Bu durum, insanların bazılarının aciz ve yardıma muhtaç olduğunu ve bu fakirlik ve yoksulluğun üstesinden gelmek için dayanışma/iletişim ve paylaşım gerekmektedir. Sosyal eşitlik, bu karşılıklı yardım vasıtasıyla sağlanmakta ve bu da her bir simbiyotu, takip eden simbiyota bağımlı hale getirmektedir. Bu eşitlik, şüphesiz herkesin aynı sayıda ve aynı şeye eşit olarak sahip olması anlamına gelmemektedir. Böyle bir şey aynı zamanda sosyal uyumsuzluğa ve düzensizliğe de yol açacaktır. Dolayısıyla Althusius, eşitliği nispi bir eşitlik olarak anlamaktadır.⁴²

Althusius'a göre politik yaşamın temel yapısı olarak simbiyosis, en küçük simbiyotik topluluk (association [*consociatio*]) olarak aileden evrensel politik topluluk olarak devlete kadar bütün insani toplulukları belirlemektedir. Politik bir ilke olarak "birlikte yaşam", siyasete çok

⁴⁰ Althusius, *Politica*, s. 19.

⁴¹ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 28.

⁴² Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 25. Althusius, eski bir Yahudi yönetim biçimine atıfta bulunmakta ve ne tür bir eşitlik savunduğunu netleştirmektedir: "Eski Yahudi ayin tapınağının inşaatında herkes aynı ve eşit şeylerde katkı sağlamamaktaydı; bazıları taş, bazıları odun, bazıları demir, bazıları, ... getirmektedir. Bu bağış koleksiyonları farklı ve oldukça eşitsizdi. Yine de bu armağanların en küçüğü bile övülmelidir. Tapınağın yapımında bunlardan hangisine ihtiyaç duyulmadı?" Althusius, *Politica*, s. 4.

önemli bir sosyal yaklaşım sunmaktadır. Bu çerçevede devlet gibi bir yapı, tamamen ayrı bir sosyal ve ekonomik faaliyet alanını yöneten ve kontrol eden siyasi bir kurum olarak görülmemektedir; tam aksine, bizzatihi bu aktivitelerin simbiyotik koordinasyonudur.⁴³ Sosyal ve siyasal yaşam arasındaki bu ilişkinin daha iyi anlaşılması için, Althusius'un politik yapısının bütün bileşenlerine bakmak gerekmektedir.

Althusius'a göre toplum, en basitinden en karmaşığa doğru bir araya getirilmiş topluluklar (associations) ve birbirini takip eden kolektiflerden oluşmaktadır. Althusius, devlete uzanan (devlet dahil) bu toplulukları özel ve kamusal topluluklar şeklinde iki ayrı kümeye ayırmaktadır. Aile ve korporasyon/profesyonel meslek birlikleri/toplulukları (collegium) basit veya özel toplulukları oluştururken; şehir/site, eyalet ve evrensel topluluk olarak devlet de karmaşık veya kamusal toplulukları oluşturmaktadır. Evrensel topluluk olarak devlet, daha küçük kamu topluluklarından (eyalet/bölge ve şehir/site) ve bunlar da özel topluluklardan (aile ve korporasyon/meslek birlikleri) oluşmaktadır. Böylece tüm yapı, en küçük ve tanıdık birimden en büyük ve evrensel olana kadar ilerleyen bir bütünleşmenin inşası olarak görünür.⁴⁴ İster kamusal ister özel topluluklar olsun, tamamı esasen doğaları gereği politiktirler. Althusius'a göre, "siyaset" bütün bu insani toplulukları içermektedir. En basit ve küçük topluluk olarak aileyi bile yönetme ve idare etme bilgeliği yalnızca siyasetten doğmaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla bütün simbiyotik topluluklar ve yaşam, özünde ve jenerik olarak politiktir.

Althusius, bu çeşitli topluluklardaki insanlara ait olan ortak hakların, topluluk ve simbiyosis hukukuna göre düzenlendiğinden ve paylaşıldığından bahsetmektedir. Bu topluluk hukuku, değişmeyen düzen şeklinde genel hukuk (lex communis) veya her bir topluluğun doğasına uygun topluluğa özgü hukuk (leges propriae) şeklinde olabilir.⁴⁶ Eşyaların, hizmetlerin, görevlerin ve eylemlerin dayanışmasını ve birliğini sağlayan hukuk, her bir topluluğun doğasına ve gereksinimlerine göre simbiyotlara fayda ve sorumluluk vermektedir. Bu hukuk ile

⁴³ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 22.

⁴⁴ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 22

⁴⁵ Althusius, *Politica*, s. 32.

⁴⁶ Althusius, *Politica*, s. 19-22.

düzenlenen dayanışma ve birliktelik, her bir topluluğun niteliğine göre farklılık gösterebilmektedir.⁴⁷ Althusius, toplumsal yaşamın farklı alanlarından oluşan toplulukların, başka herhangi bir alandan türetilmeyecek veya onlar tarafından düzenlenemeyecek kendi uygun yasalarına sahip olduğu bir düzen tarif etmektedir. Başka bir anlatımla, hem özel hem de kamusal toplulukların tamamının bir özerk alanı bulunmaktadır.

Althusius'a göre, her bir topluluk modelinin (aile, meslek birlikleri/korporasyon, şehir/site, eyalet, devlet) kendi iç düzeni ve özgün hukuku bulunmaktadır. Bir topluluk, bir diğer topluluk için yasama yapamaz veya yasaları belirleyemez. Esasen bu yaklaşım, Althusius'un Aristoteles'ten ayrıldığı bir noktaya işaret etmektedir. Althusius'un teorisindeki bu çeşitlilik, Aristotelesçi hiyerarşik toplum görüşünden farklılık göstermektedir. Aristoteles farklı toplulukların olduğunu söylese de, teorisi esasen *polis*in altındaki tüm toplulukların eksik olduğudur. Diğer bir ifadeyle, bütün olan *polis* ile ilişkileri dışında diğer topluluklar içsel anlamı tam olmayan salt birer parça hükmündedirler.⁴⁸ Aristoteles'e göre, herhangi bir topluluğun "amacı" veya doğası ne olursa olsun sadece *poliste* bulunur veya orada elde edilir. Bunun aksi olarak Althusius'a göre, diğer topluluklarla ilişkisi ne olursa olsun, her topluluğun kendi "amacı" ya da doğası vardır.⁴⁹

Althusius, işlevlerine ve amaçlarına dayanarak özel ve kamusal topluluklar olarak iki grup altında topladığı aile, korporasyon/meslek birlikleri (*collegium*), şehir, eyalet ve devlet olarak belirtmiş olduğu beş topluluğun her birini *Politica* eserinin ayrı bölümlerinde detaylı olarak incelemiştir.⁵⁰ Bu topluluklardan aile ve meslek birlikleri (*collegium*)

⁴⁷ Althusius, *Politica*, s. 22

⁴⁸ Aristoteles, *Politika*, s. 9-10, 33.

⁴⁹ Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 178.

⁵⁰ Althusius'un başyapıtı olan *Politica*'nın ilk bölümünde "siyasetin genel unsurları" (the general elements of politics) ele alınıp incelendikten sonra ikinci ve üçüncü bölümlerinde en küçük topluluk olarak "aile" detaylı bir biçimde tartışılmaktadır. Dördüncü bölümde ise, yine özel ve basit topluluk olan *collegium* ya da korporasyon olarak da adlandırılan mesleki birlikler incelenmektedir. Beşinci bölümden sekizinci bölüme olan kısımlarda ise, evrensel olmayan tikel kamusal topluluklar olarak şehir, il ve eyalet detaylı analizi yapıldıktan sonra diğer bölümlerde ise evrensel topluluk olarak devlet ve buna bağlı egemenlik (dini ve seküler otoriti vb.) gibi konular incelenmektedir. Bkz. Althusius, *Politica*.

özel ve basit nitelikli topluluklarken; şehir, eyalet ve devlet kamusal ve karmaşık nitelikli topluluklardır. Bütün bu topluluklardan aile hariç, diğerlerinin tamamı birer toplumsal sözleşme ile oluşmaktadır. Althusius'a göre, sadece basit ve özel topluluk olarak aile doğal bir topluluktur. Collegium da basit ve özel bir topluluktur, ancak aileden farklı olarak doğal değil; sosyal, eğitimsel, dinsel ve ticari amaçlarla oluşturulmuş sivil özellikli örgütlenmelerdir.

Althusius'a göre doğal bir topluluk ve birliktelik olan aile, bu simbiyosis birliktelikte ve ortak yaşamda ihtiyaç duyulan her türlü yardımın ve desteğin simbiyotların birbirlerine sağladıkları özel işlevler ve uğraşlar ile desteklenir ve korunur. Basit ve özel doğal topluluk olan ailenin farklı özelliklerini açıklayan Althusius; evlilik (conjugalıs) ve kan bağı/akrabalık (propinqua) olarak iki çeşit doğal ailevi birliktelik olduğunu ifade etmektedir.⁵¹ Bireyin iradesine bağlı olmayan ve sözleşme ile kurulmayan doğal topluluk olan aile⁵², kendine özgü hukuk ve ihtiyaçlar çerçevesinde yönetilmektedir. Evlilik birliğinin doğası ve niteliği, fayda ve sorumlulukları tarafından belirlenir. Farklı bir anlatımla evliliğe ve aileye özgü içsel otorite ve itaat düzeniyle saptanmaktadır. Althusius'a göre, “bu birliğin müşterek işlerinin yöneticisi ve yönlendiricisi kocadır. Kadın ve aile itaatkardır, emredilene yapar.”⁵³ Hiç şüphesiz Althusius, doğal olan aileye kendi alanı içinde belirli bir tür “egemenlik” tanımaktadır.

Aile daha geniş diğer topluluklardan ayrıdır veya evrensel topluluk olarak devletin bir parçası değildir ve ailenin kendine ait doğası ve amacı bulunmaktadır. Bu amacı ve doğası diğer topluluklar tarafından

⁵¹ Althusius, *Politica*, s. 28-29.

⁵² De Benoist, Althusius'un aileyi doğal topluluk olarak belirtmiş olduğunu ama aynı zamanda aile örgütlenmesinin bir yönünün iradeye dayandığını da kabul ettiğini belirtmektedir. Evliliğin prototipi olduğu doğal topluluklarda her zaman bir irade unsuru bulunmaktadır. Çünkü evlilik eşlerin sürekli rızasını gerektirmektedir. Diğer taraftan ise, simbiyotların rızasıyla oluşturulan ve sürdürülen gönüllü toplulukların bir boyutuyla zorunluluk unsuru barındırdığını; çünkü genel olarak gönüllü topluluklar, ihtiyaçlarına daha uygun görünen diğer yapılar gelişene kadar çözülmezler. De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 34. Aynı şekilde Elazar da, esasen evlilik ilişkisi ile var olan çekirdek ailenin de sözleşmeye dayandığını belirtmektedir. Elazar, “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xli.

⁵³ Althusius, *Politica*, s. 29.

belirlenemez. Althusius, devlet gibi daha büyük bir topluluğa bağlı olmaksızın kendi iç yetki ve sorumluluk düzenine göre var olan aile topluluğunu tasavvur etmektedir. Çünkü bu topluluklar daha büyük bir bütün içinde yalnızca parçalar değildir; yaratılış düzenine göre kendi tabiatları ile özel topluluklardır.⁵⁴ Doğal ve fitri olan bu aile ve akraba toplulukları hariç, devlet dahil diğer toplulukların tamamı birer toplumsal sözleşme ile oluşurlar ve varlıklarını sürdürürler.

III. TOPLUMSAL SÖZLEŞME VE EVRENSEL TOPLULUK OLARAK DEVLET

Althusius, özel ve kamusal topluluklar arasında ayırım yapsa da, aile hariç diğer bütün toplulukların ortak bir yanının bulunduğu belirtilmektedir. Aile dışında hepsinin meşruiyet kaynağı toplumsal sözleşmeye dayanmaktadır.⁵⁵ Elazar'ın ifade ettiği gibi, "Althusius'un siyaset felsefesinin temelleri baştan sona sözleşmeye dayalıdır. Sözleşme (pactum), meşru siyasi örgütlenmenin yegane temelidir."⁵⁶ Althusius için

⁵⁴ Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 179. Aile ve akrabalık dar bir şekilde yalnızca fiziksel veya ekonomik bir topluluk olarak algılanmaz. Althusius, aileyi ekonomik bir topluluğa indirgemek ve konusunu siyasetten çıkarmak isteyenlere şiddetle karşı çıkar. Aile birliğinin ayrıcalık ve sorumlulukları arasında yakın ve tanıdık arkadaşlık, karşılıklı sevgi, sadakat, sabır, karşılıklı hizmet, tüm mal ve hakların birliği/iletişimi vardır. Althusius, *Politica*, s. 30.

⁵⁵ Woldring, "The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius", s. 125.

⁵⁶ Elazar, "Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth", s. xli. Kendisi de Reformcu Protestanlık geleneğinden gelen ve Calvinist biri olarak Althusius, Kutsal Roma İmparatorluğu'nun siyasi deneyimini Reform Protestanlığının ahit teolojisinin siyasi fikirleriyle sentezleyerek Reform deneyiminden sistematik bir siyaset felsefesi inşa etmeye çalışmıştır. Elazar'a göre, Althusius'un *Politica* eseri, toplumsal sözleşmeye dayalı bir yaklaşım kökenli kapsamlı bir federal cumhuriyetçilik teorisinin sunan ilk kitaptır. Bu toplumsal sözleşme de esasen teolojik bir sistemden türetilmiş, ancak bu teolojik sisteme bağlı kalmamıştır. Ama esasen İncil'deki ahit yaklaşımının izlerini ve etkilerini Althusius'un sözleşme teorisi üzerinde görmek mümkündür. Sözleşme motifi, İncil'deki dünya görüşünün merkezinde, tüm ilişkilerin temeli, otoriteyi tanımlama ve tahsis etme mekanizması ve İncil'deki politik öğretinin temeli olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Althusius'a göre,

sözleşmeler, simbiyotların toplulukları oluşturma, sürdürme ve koruma yollarıdır. Ancak Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi ile toplumsal sözleşmeye ilişkin modernist yaklaşımlar arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu bağlamda toplulukları özne yapan Althusius'un sözleşme görüşleri, bireyi kendi kuramlarının merkezine alan modern anlamda toplumsal sözleşme kuramının ilk akla gelen düşünürleri olarak Hobbes, Locke ve Rousseau'nun görüşlerinden farklılık göstermektedir.

Modernist yaklaşımda, insan topluluğu insanlık durumunun doğal ve temel bir gerçeği olarak ele alınmamakta; birey, insanlık durumu içindeki tek hammadde olarak görülmektedir. Topluluk, ancak bir türev olarak yani özel ve kişisel kazanç peşinde olan insanlar arasında akdedilen bir toplumsal sözleşmenin ürünü olan yapay bir yan sonuçtur.⁵⁷ Yukarıda detaylıca ifade edildiği gibi bireyi kendi başına değil doğal topluluk üyesi olarak ele alan Althusius ise, doğal ve temel bir topluluk olarak ele aldığı aile topluluğu hariç, sözleşmeye dayalı diğer bütün toplulukların sözleşmelerinin öznesini bir başka topluluk olarak belirtmektedir. Örneğin, karmaşık veya kamusal toplulukların basit bir incelemesinde şehrin/sitenin, özel ve basit toplulukların birliğinden oluşan bir sözleşmeye, eyaletin/bölgenin şehirlerin sözleşmeli bir birliğine ve devletin de eyaletlerin sözleşmeli bir birliğine dayandığını ifade etmek mümkündür.⁵⁸ Bireyin kendi başına doğrudan sözleşme yapamadığı ve siyasal yaşama direk erişemediği böyle bir teori, modern toplumsal sözleşme teorilerinden esastan ayrılmaktadır.

Modern toplumsal sözleşme teorilerinin kurgularındaki sözleşme öncesi doğa durumu Althusius'un teorisinde bulunmamaktadır.⁵⁹ Malan,

doğru ilkelere dayanan aynı zamanda en iyi yönetim biçimi olan İncil – özellikle Eski Ahit– düşünçesi sözleşme/federal (foedus) temellidir. Elazar, “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xxxvi.

⁵⁷ Malan, “The Foundational Tenets of Johannes Althusius’ Constitutionalism”, s. 18.

⁵⁸ Elazar, “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xli.

⁵⁹ T. Hobbes, doğa durumunu herkesin herkesle daimi bir savaşı olarak betimlemektedir. Hobbes, Leviathen, s. 94. Doğa durumuna Hobbes gibi kötümser yaklaşmayan Locke’a göre ise, doğa durumu özgürlük, eşitlik ve barış halidir; ancak bu durum düzensizlik hali de değildir. John Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebabel Yayınları, Ankara, 2012, s. 9-11. “İnsan özgür doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur” diyen Rousseau, doğa durumunda insanın özgür, mutlu ve iyi

toplumsal sözleşmeye ilişkin modernist yaklaşımlar ile Althusius'un sözleşme teorisi arasındaki temel farklılıkları –birbiriyle ilintili– üç noktada özetlemektedir. İlk fark, Althusius'un toplumun veya devletin bir toplumsal sözleşme ile doğa durumundan ortaya çıkmadığı görüşünden ortaya çıkmaktadır. Toplumsallık ve buna bağlı olarak devlet doğal bir durumdur. Sözleşme –olmazsa olmaz– bir önkoşuldur, ancak modern toplumsal sözleşme teorilerinin aksine devlet sözleşme ile yaratılmaz. Esasen bu birinci farklılık, sözleşmenin amacı ile ilgili ikinci farklılığı da ortaya çıkarmaktadır. İkinci fark, modernist yaklaşım açısından sözleşmenin hizmet ettiği amaç Althusius'un bakış açısından sözleşmenin hizmet ettiği amaçtan bütünüyle farklıdır. Modernist düşüncede sözleşme toplumu yaratırken; Althusius'un yaklaşımında toplumsal yaşamın doğal bir veri olduğu ve Tanrı tarafından emredildiği, böylelikle simbiyotlar topluluklar yaratmak için değil, mevcut topluluklar içindeki organizasyonu iyileştirmek için sözleşmeler yaparlar. İkinci farklılık olan sözleşmenin amacı ile de ilgili olan üçüncü nokta, modernist sözleşme sadece izole ve düşman bireyler arasındaki çatışmayı düzenlemek için bir araç olarak işlev görmekteyken; bunun aksine Althusius'un sözleşme teorisi, sadece bireyler değil, esasen daha özel olarak ortak ve kapsayıcı girişimi olan topluluğun üyesi olarak insanlar arasında mutluluk ve adalet dolu bir yaşamı kolaylaştırır ve destekler.⁶⁰ Burada belirtilen nokta esasen Althusius'un siyaset için belirtmiş olduğu nihai amaca denk gelmektedir. Zaten Althusius'un topluluk, siyaset, toplumsal sözleşme, devlet ve buna bağlı olarak egemenlik konusundaki görüşleri bir tutarlılık içerisinde sunulmaktadır.

Althusius'a göre, kan bağı ve biyolojik üreme ihtiyacı ile doğal olarak var olan aile topluluğunun dışında diğer bütün topluluklar sözleşme ile oluşur ve varlığını sürdürür. Bu çerçevede rıza ile oluşan ilk sivil topluluklar, aile gibi özel ve basit topluluklar olan korporasyon/collegium (meslek birlikleri) topluluklarıdır. İnsan hayatında ortak bir ihtiyaç ve faydaya hizmet etmek üzere kendi iradelerine göre bir araya gelmiş kişiler tarafından oluşmuş ve örgütlenmiş topluluklardır. Bu

olduğunu belirtmekte ve uygarlığın ve toplumsallığın insanı köleleştirdiğini ifade etmektedir. Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 4. Ayrıca bkz. Jean-Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul, 2016.

⁶⁰ Malan, “The Foundational Tenets of Johannes Althusius’ Constitutionalism”, s. 19-20.

çerçevede topluluğu oluşturanlar, hem tüm bedeninin hem de bireylerin yararına bir hükmetme ve itaat etme şekli üzerinde ortak rıza ile kendi aralarında anlaşmaktadırlar.⁶¹ Belirli mesleki ve profesyonel faydalar ve çıkarlar için üyelerinin karşılıklı sözleşmeleri ile kurulan ve tekrardan dağılabilen bu topluluklar, hem dinsel hem de din dışı topluluklar olabilmektedirler. Bu collegium topluluklar veya meslek birlikleri; her şehrin sosyal yaşamının düzgün işleyişi için ihtiyaç duyduğu fırıncılar, terziler, inşaatçılar, tüccarlar, muhasebecilerin yanı sıra filozoflar, ilahiyatçılar, devlet memurları ve diğerlerinden oluşur. Bu mesleklerden bazıları, ilahi şeyler uğruna kurulmuş, dini ve kutsaldır; diğerleri laik ve dinle ilgisi olmayan (profane), insani şeyler için kurulmuştur.⁶² Aynı ticaret, eğitim, zanaat, görev ve hatta yaşam tarzı gibi ortak şeyleri paylaşmak için bir araya gelen ve bu amaçla collegium topluluklarını oluşturan kişilere, meslektaşlar, ortaklar ve hatta kardeşler denmektedir.⁶³

İşlevlerinden ve özel amaçlarından dolayı kamusal topluluklardan ayrılan bu sivil collegium topluluklar, eşyaların/malların, hizmetlerin/görevlerin ve hakların dayanışmasına/birliğine önyak olduklarından dolayı evrensel topluluk olarak devlet dahil toplulukların bütün çeşitleri için model olmaktadır.⁶⁴ Bu collegium veya meslek topluluklarının bir “iç-egemenlikleri” bulunmaktadır. Bunlar, sadece kendi dahili topluluksal amaçlarıyla var olurlar ve varlıklarını sürdürürler. Başka hiçbir insani otorite tarafından bu yapılamaz. Elbette bu tür bir egemenliğe sahip olmak sınırlıdır ve ayrı bir karaktere sahiptir.⁶⁵ Bir meslek topluluğunun “başkanı”, hane reisi olarak otorite ve yetki kullanmaz. Bir fırıncılar meslek birliği de bir “filozoflar” meslek birliği için “yasa ilan etmeye” kalkışamaz. Aynı şekilde, bir şehir veya ildeki bir

⁶¹ Althusius, *Politica*, s. 33. Bu toplulukların üyeleri veya sözleşmecileri, aile reislerinden oluşmaktadır. Althusius’un teorisi, dünyanın ilk dönemlerinde insan ırkının tek bir aile olduğu ancak çoğalarak tek bir ailede kalamadığı – tüm insanların artık tek bir yerde ve ailede birlikte yaşamasının mümkün olmadığı– ihtiyaç ve çeşitliliğinin ayrı toplulukları ortaya çıkardığı şeklindeki bir yaklaşım üzerine temellendirilmektedir. Bu bağlamda aile reisi, iç egemenlik (imperium) kullandığı evinden dışarı çıktığında ve diğer ailelerin reisleriyle iş meselelerini takip ettiğinde, ailenin reisi olma vasfı kaybolur ve bir müttefik ve ortağa dönüşür. Althusius, *Politica*, s. 33.

⁶² Althusius, *Politica*, s. 38.

⁶³ Althusius, *Politica*, s. 34.

⁶⁴ Hueglin, “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, s. 29.

⁶⁵ Althusius, *Politica*, s. 36.

devlet görevlisinin bir ailenin veya meslek birliğinin iç işleri üzerinde yetkisi yoktur.⁶⁶ Kısaca bu topluluklar da, tıpkı aile gibi, kendi alanlarında ve kendi amaçları için var olurlar ve yetki alanını kendi ellerinde tutarlar. Kendi dışında bir “amacı” veya “doğası” yoktur.

Althusius, sivil ve özel topluluklarından sonra bu toplulukların bir nevi model olduğu sosyal sözleşme ile kurulan kamusal toplulukları incelemektedir. Althusius'un teorisinde toplumsal örgütlenme *iç-içe geçen halkalar şeklinde basitten karmaşığa doğru* olduğundan,⁶⁷ evrensel topluluk olarak devlete geçmeden önce şehir/site ve eyalet/bölge şeklinde daha *küçük* (minor) ve *tikel* (particular – evrensel olmayan) kamusal topluluklar (*Politica*'nın beşinci bölümünden sekizinci bölümüne kadar) ele alınmaktadır. Althusius'a göre;⁶⁸

“İnsan toplumu, küçük toplumların belirli adımları ve ilerlemeleriyle özelden kamusal topluluğa doğru gelişmektedir. Kamusal topluluk, kapsayıcı bir siyasi düzen (politeuma) oluşturmak amacıyla birçok özel topluluğun birbirine bağlanmasıyla ortaya çıkmaktadır... Genel olarak siyasi düzen, düzenlenmiş grubun ilişkili üyeleri tarafından ihya edilen gerekli ve yararlı şeylerde dayanışma/birlik kurma ve onlara katılma hak ve yetkisidir. Bu da kamusal simbiyotik hak olarak adlandırılır.”

Daha önce değinildiği gibi burada da vurgulanması gereken birincil noktalardan biri, Althusius'a göre insan topluluklarının her çeşidinin insan simbiyosisinin değerli ve temel bir ifadesi olduğudur.⁶⁹

⁶⁶ Skillen, “The Political Theory of Johannes Althusius”, s. 181.

⁶⁷ Gülçin Balamir Coşkun, “Althusius ve Yerindenlik İlkesinin Kökenleri”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 37, 2007, s. 15.

⁶⁸ Althusius, *Politica*, s. 39.

⁶⁹ Althusius, ister kamusal ister özel olsun tüm toplulukların simbiyotik yaşamda aynı temele, aynı meşruiyet kaynağına sahip olduğu ve aynı kurallara göre işlediği konusunda ısrar eder. Kamusal toplulukların özel topluluklardan farklı olarak ayırt edici özelliklerinden biri, yetkilerinin belirli bir bölgeye yayılmasıdır. Bununla birlikte, özel topluluklarla aynı iletişim ve otorite ilkelerine tabidirler. Buradan hareketle Althusius'un, Roma hukukunda temel olan, kamu ve özel arasındaki ayrımı kestiğini ifade etmek mümkündür. Roma hukukundaki bu ayırmada, bireyler arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkiler yalnızca özel alanda kalırken, idari ve siyasi ilişkiler yalnızca kamusal alana aittir. Althusius, işlevsel ve amaçsal nedenlerle kamusal ve özel ayrımı yapsa da, her ikisini aynı mantık

Kamusal topluluklar, özel toplulukların ötesinde ortaya çıkan insani ihtiyaçlar sonucunda oluşurlar. Bunlar kamusal ihtiyaçlardır; çünkü bu ihtiyaçlar özel toplulukların birbiriyle olan ilişkileriyle ilgilidir. Bu çerçevede her bir kamusal topluluğun doğası ve ihtiyacı onun niteliğini belirlemektedir. Buna bağlı olarak her bir kamusal topluluğun yönetiminin ve yöneticisinin nitelikleri de, söz konusu kamusal topluluğun gereklerine ve doğasına göre saptanır.

Kamusal topluluklar, ya orta düzeyde ortaya çıkan belirli bir coğrafik bölge ile sınırlı topluluklar olarak şehir ve eyalet ya da ülke düzeyinde oluşan evrensel topluluk olarak devlettir. Orta düzeyde ortaya çıkan ilk kamusal topluluklar, yani basit topluluklardan oluşan ilk sosyal ve politik gruplar en geniş anlamda şehir/site topluluklarıdır. Bu bağlamda şehirler, aynı yerde yaşayan birçok aile ve korporasyondan/meslek birliklerinden (collegium) oluşan ve belirlenmiş yasalarla kurulmuş topluluklardır. Bu toplulukların üyeleri, özel toplulukların bireysel üyeleri değil; çeşitli özel toplulukların (aile ve collegium) bizatîhi kendileridir. Bu kişiler bir araya gelerek artık eş, akraba ve meslektaş olmuyorlar; bunlar, aynı topluluğun (şehrin) vatandaşı oluyorlar.⁷⁰ Althusius'un kamusal topluluk anlayışıyla ilgili dikkate değer olan şey, özel toplulukları reddetmeden veya baltalamadan insanları daha fazla simbiyotik gelişim için bir araya getirmesidir.

Kamusal topluluk vatandaşlığı, diğer topluluk ve egemenlik alanlarını ortadan kaldırmaz. Esasen toplulukların özerklikleri bulunmakta ve bu özerklik sayesinde, kamusal toplulukların üyeleri kendilerini vatandaşa dönüşmüş olarak bulurlar. Başka bir anlatımla, kamusal toplulukların vatandaşları çeşitli özel topluluklar arasındaki kamusal simbiyosisin erdemi sayesinde vatandaşlıklarından yararlanırlar.⁷¹ Şehir ve diğer kamusal toplulukların tabi olduğu kurallar,

çerçevesinde temellendirmektedir. De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 35.

⁷⁰ Althusius, *Politica*, s. 40.

⁷¹ Skillen, “The Political Theory of Johannes Althusius”, s. 183. De Benoist, burada belirtilen vatandaşlık yaklaşımının Eski Yunan demokrasisinde de var olduğunu ve Althusius'un bunu geliştirdiğini belirtmektedir. Yunan demokrasisinde bireyin siyasal yaşama doğrudan erişimi yoktu. Bir genosun, bir ailenin ya da bir klanın üyesi olarak kamusal yaşama katılırdı ve böylece bir yurttaşın saygınlığını kazanırdı. Althusius, bu klasik vatandaşlık kavramını korur ve ona daha büyük bir temel verir. De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 36.

meslek birliklerinde olduğu gibi, topluluğu oluşturanların rızasına bağlıdır. Bu topluluğun temsili ve topluluk adına karar verilmesi, halkın seçtiği yöneticiler tarafından yapılmaktadır. Bu yetki, her yurttaştan daha yüksek, ancak yurttaşların topluca oluşturduğu örgütten daha düşüktür. Althusius'a göre yönetici, vatandaşların rızasıyla atanan topluluğun başkanıdır. Bu yönetici, topluluğun refahı ve faydası adına topluluğun işlerini yönetmektedir. Yönetici, kolektif bir biçimde ve toplu olarak vatandaşlar üzerinde değil, bireyler üzerinde otorite ve yetki (jus) uygulamaktadır.⁷² Diğer bir ifadeyle, kamusal bir topluluk olan bir şehrin yöneticisi bireysel olarak ele alındığında üye olan her bir topluluk veya vatandaş üzerinde otoriteye sahip iken, örgütlü topluluğun birliği yani bir bütün olarak şehrin üzerinde yetkisi bulunmamaktadır. Şehir, esasen yöneticinin önderlik ettiği bir senato tarafından yönetilmektedir. Şehrin yönetimi için yöneticiye yardım eden “senato, şehrin işlerinin bakımı ve idaresinin kendisine emanet edildiği, bilge ve dürüst seçilmiş insanlardan oluşmaktadır.”⁷³ Bu senatonun bütün şehri temsil ettiği düşünülmekte ve şehrin yöneticisi (belediye başkanı), senatonun kararlarına tabi olmaktadır. Sivil topluluklar ile yönetici arasındaki ilişki, şehrin yasalarına karşılıklı sadakat ve itaat yeminine dayanmaktadır.⁷⁴ Kamusal topluluk olarak şehir topluluğunun kendi özel ihtiyaç ve doğası ve buna bağlı olarak hukukun, eşyaların/malların ve hizmetlerin dayanışması, simbiyotik toplulukların özerkliğini korumaktadır.

Althusius, kamusal bir topluluk olarak şehri/siteyi inceledikten sonra evrensel ya da bütüncül topluluk olarak devlete geçmeden önce coğrafik olarak şehirden daha geniş başka bir kamusal topluluk olan eyaletleri incelemektedir. Bir yetki yönetimi ve birliği altında birleşmiş birçok köy, kasaba ve şehri bünyesinde barındıran ve bölge (region, district, diocese) olarak da adlandırılan eyalet, siyasi, dini, ekonomik ve sosyal birçok birimi içermektedir.⁷⁵ Eyaletin üyeleri, yan yana sıralanmış coğrafi birimler değil; din adamları, hanedanlar, köylüler, zanaatkarlar gibi dini (orders) ve din dışı yaşam çeşitliliğinden ve çeşitli toplumsal sınıflardan (estates) veya daha büyük meslek birliklerinden (larger collegia) oluşmaktadır. Eyaletin dini ve sivil işlevleri göz önünde bulundurulduğunda, eyaletin her bir üyesi –diğerinin yetkisini gasp etmemesi ve kullanmaması koşuluyla– kendi sınıfından insanlar

⁷² Althusius, *Politica*, s. 40.

⁷³ Althusius, *Politica*, s. 43.

⁷⁴ Althusius, *Politica*, s. 41.

⁷⁵ Althusius, *Politica*, s. 51-52.

arasındaki iş ve ticarete ve eyalet yetkisinin işleyişine dikkatini yoğunlaştırabilir.⁷⁶ Bu çerçevede Althusius, kamusal topluluğun bu düzeyinde detaylı olarak incelenecek olan “dinsel” ve “seküler” otoritelerin hasletlerini tartışmakta ve her birisine bir “içsel egemenlik” alanı belirlemektedir. Althusius’un din-devlet ilişkisi veya “dinsel” otorite ile “seküler” otorite konusundaki düşünceleri sonraki bölümlerde detaylı olarak incelenecektir.

Althusius’un teorisinde orta düzey kamusal topluluklar olarak eyalet ile şehir/site topluluğunun yönetimi esasen birbirine benzemektedir. Eyaletin başında başkan olan kont veya prens, kendi bölgelerinde egemenlik yetkisine sahiptirler ve kamusal işleri yönetirler. Althusius’a göre; “eyalet başkanının görevi, öncelikle kutsal ve dünyevi taşra işlerine titizlikle bakmak ve özen göstermek ve onların Tanrı’nın şanına ve bütün eyaletin ve mensuplarının esenliğine yükseltmelerini ve yönlendirilmelerini sağlamaktır.... İkinci görevi; can, beden cezalarını verme ve iyilik yapanları mal ve itibar ile ödüllendirme yetki ve hakkıyla bireylere adaleti yerinde olarak uygulamaktır.... Üçüncü görevi; düzeltilmesi veya desteklenmesi gereken şeyleri araştırmak, bulunduğu bölgenin durumunu anlamak, talimatların ve münferit tebaaların şikayetlerini dinlemektir.”⁷⁷ Şehir/site yönetiminde bulunduğu gibi eyalet yönetiminde de toplumsal sınıfların temsilcilerinden oluşan bir senato veya meclis bulunmaktadır.⁷⁸ Eyalet başkanı, başkanlık ettiği meclisin kararlarına tabidir. Eyalet başkanı, eyalet yönetiminin birçok açıdan benzediği şehir yöneticisi gibi seçimle değil kalıtımla başa geçse de, bu pozisyonu esasen eyalet üyelerinin zımni bir sözleşmesine dayanmaktadır.⁷⁹ Althusius’a göre, belirli bir bölgesel alan ile sınırlı bir

⁷⁶ Althusius, *Politica*, s. 54.

⁷⁷ Althusius, *Politica*, s. 63.

⁷⁸ Althusius, *Politica*, s. 54.

⁷⁹ Althusius, irade ve sözleşmeye dayalı topluluklardan eyalet hariç diğer bütün toplulukların başkanlarının seçimle belirlenmesini; ancak eyalet başkanlarının ise, kalıtımla o pozisyona geçmesini uygun bulmuştur. Althusius’un bu tutumu, kendi teorisinin çok derinden etkilenmiş olduğu Alman topluluk geleneğini ve siyasal yapısını bir nebze de olsa “ideal” bir yapı olarak gösterme isteğinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Verdiği örneklerin Almanya İmparatorluğu’ndaki çevrelerden olması da bu durumu göstermektedir. Almanya’da en üst pozisyondaki imparator, elektör (seçici) prensler tarafından seçilmekteydi; ancak prensler, prensliklerin babadan almaktaydılar. Ağaogulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 65-66.

şekilde ortaya çıkan sözleşmeye dayalı kamusal topluluklar olarak şehir/site ve eyalet, sözleşmeye dayalı başka bir kamusal topluluk olarak devleti oluştururlar.

Althusius, şehir ve eyalet gibi daha küçük ve alt kamusal toplulukları inceledikten sonra evrensel ve büyük/üst kamusal topluluk (universal and major public association) olarak devleti ele almaktadır. Althusius evrensel simbiyotik topluluk olarak nitelediği devleti⁸⁰, birçok simbiyotik topluluğun ve belirli organların sözleşmesi ile tek bir bedende birleşen ve bir hak altında bir araya getirilen halk, krallık ve cumhuriyet şeklinde tanımlamaktadır. Devlet, diğer topluluklardan sonra meydana gelmektedir. Çünkü doğaları gereği aileler, şehirler ve eyaletler devletlerden önce var olmuş ve onları doğurmuştur.⁸¹ Althusius'a göre, en kapsayıcı topluluk ve böylelikle de bütüncül bir özelliği bulunan devletin üyelerini kendinden önceki karmaşık ve kamusal topluluklar olan şehirler ve eyaletler oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla devletin veya evrensel simbiyotik topluluğun üyeleri bireyler, aileler veya meslek birlikleri (korporasyon – collegia) değil; karşılıklı dayanışma ve birleşme yoluyla bir birlik oluşturan veya tek bir beden üzerinden anlaşmaya varan şehirler, eyaletler ve bölgelerdir.⁸² Althusius, alt kamusal topluluklar olan şehirleri ve eyaletleri devletin üyeleri olarak kabul etmekte, ancak evrensel olmayan bu kamusal topluluklar da özel topluluklar olan ailelerden ve meslek birliklerinden (korporasyonlardan) oluşmaktadır. Böylelikle en nihayetinde devletin düzenlenmesinde ve sürdürülmesinde, üyeleri olan şehir ve eyaletler olarak küçük kamusal toplulukların

⁸⁰ Althusius, *regnum/realms* (krallık), *republica/commonwealth* (cumhuriyet), *imperium* (egemenlik/imparatorluk), *major consociatio/major public association* (üst/büyük topluluk) ve *consociatio symbiotica universalis/universal symbiotic association* (evrensel simbiyotik topluluk) gibi bir dizi kelimeyi eşanlamlı olarak devlet için kullanmaktadır.

⁸¹ Althusius, *Politica*, s. 66. Althusius'un topluluklar ve devlet arasındaki ilişkiyle ilgili fikirleri, Antik Yunan'dan beri genel olarak kabul edilen geleneksel "bütün ve bütünün parçaları" düşünce şemasına karşıtlık göstermektedir. Bu geleneksel şemada vatandaşlar ve bütün topluluklar devletin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Ancak Althusius'un felsefesinde durum tam tersi olarak bütüncül ve kapsayıcı siyasi topluluk olan devletin kendisi diğer topluluklardan oluşturulmaktadır. Woldring, "The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius", s. 130.

⁸² Althusius, *Politica*, s. 67.

doğrudan ve bu üyelerin üyeleri olan aile ve meslek birlikleri olarak özel toplulukların da dolaylı etkileri olmakta ve temsiliyetleri bulunmaktadır.⁸³

Devlet ya da bu siyasal beden, üyelerinin katılmış olduğu bir toplumsal sözleşme ile meydana gelmektedir. Evrensel topluluk olarak devletin ve siyasi bedeninin dayandığı bağ ve sözleşme, üyeleri arasında yayılan ve kabul edilen güvene dayalı bir anlaşmadır. Başka bir deyişle bu bağ ve sözleşme, “evrensel toplumsal yaşamın faydası ve gerekliliği ölçüsünde eşyaların/malların, karşılıklı hizmetlerin, yardımların, tavsiyelerin ve aynı ortak hakların paylaşılması konusunda açık veya zımni bir söz vermedir.”⁸⁴ Böyle bir dayanışma ve paylaşım olmaksızın evrensel toplumsal yaşamda adil bir hayatın da kurulamayacağı vurgulanmaktadır. Althusius’a göre devletin temel amacı, adil ve mutlu bir yaşamın imkanlarını sağlamaktır. Dolayısıyla evrensel topluluk olarak devletin, evrensel simbiyosis topluluğunun kendine özgü ihtiyaç ve gerekliliklerine bağlı olarak yetki alanı oluşmaktadır. Bu çerçevede evrensel topluluğun güvenlik korumasına yönelik düzenlemelerin yanı sıra, ticareti düzenleme, bir para sistemi, ortak bir dil ve devletteki kamu görev ve ayrıcalıkları belirleme –evrensel topluluğa özgü gerekliliklerine bağlı oluşan– devletin yetki alanına girmektedir.⁸⁵

Üyelerinin sözleşmelerine bağlı olarak ortaya çıkan hukuksal bütüne dayalı olarak devletin hak ve yetkisi, devletin her yerinde iyi bir düzen kurmak ve ihtiyaçları gidermek amacıyla üyelerin tek bir baş altında ve bir bedende tek bir halk olarak birbirlerine bağlanma aracıdır. Evrensel topluluğun kendine mahsus ihtiyaçlarına bağlı olarak ortaya çıkan bu hak ve yetki, diğer toplulukların hak ve yetkilerinden farklılık göstermektedir. Evrensel topluluk olarak devleti diğer kamusal topluluklar olarak şehir ve eyaletlerden ayıran belirleyici ölçüt, egemenlik hakkı (*jus regni* veya *jus majestatis*) olarak adlandırılan evrensel topluluğun kendine özgü simbiyotik yasaıdır/hukukudur. Başka bir deyişle, bir şehre veya eyalete atfedilen haktan farklı olarak büyük bir devletin hakkıdır.⁸⁶ Bu hak ve yasa, diğer bütün simbiyotik toplulukların yasaları gibi sadece sosyal aktivitelerin dayanışmasını yönlendirmez; aynı zamanda topluluk üyelerinin görevlerini de belirlemektedir. Dolayısıyla

⁸³ Woldring, “The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius”, s. 130.

⁸⁴ Althusius, *Politica*, s. 67.

⁸⁵ Althusius, *Politica*, s. 84.

⁸⁶ Althusius, *Politica*, s. 69.

da devlet, kendi içinde kendine eşit veya kendinden üstün herhangi bir egemenlik tanımayan üstün yönetme yetkisidir.⁸⁷ Devlet egemenliğiyle yaşar, egemenliğinde başarısız olursa devlet parçalanır ve ölür ve devlet adına layık olmaz. Devlet, devlet olarak kaldığı sürece egemenliğinden ayrılamaz ve vazgeçmek istese bile onu devredemez.⁸⁸ Ancak Althusius, egemenliğin esas sahibinin halk olduğunu veya egemenliğin devletin üye topluluklarında olduğunu belirtmektedir. “Egemenliğin sahibi ve kullanıcısı, birçok küçük topluluktan tek bir simbiyotik bedende birleşmiş bütün insanların toplamından başkası değildir.”⁸⁹ Egemenlik ile devleti özdeşleştiren Althusius, açık bir biçimde kaynağı ve sahibi ile kullanımı ve yönetimi şeklinde egemenliğin iki boyutunu tartışmaktadır.

Aşağıda başka bir alt başlık altında daha detaylı incelenecek olan Althusius'un egemenlik yaklaşımına göre; evrensel simbiyotik topluluk olarak devletin alamet-i farikası olan egemenlik, mutlak bir egemenlik olmayıp diğer toplulukların kendi sınırlı alanlarındaki egemenliği ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifadeyle, Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi federatif bir niteliktedir ve alt birimlerin özerklikleri korunmaktadır. Devlet, özerkliklerini önemli ölçüde koruyan şehir ve eyaletlerin veya federe bölgelerin organik işbirliğinin bir sonucu olarak var olduğuna göre; alt düzeydeki yönetim ilkesine göre federe birimler arasında birlik ve dayanışma kuran yasalara bağlıdır. Devlet, devleti oluşturan üye topluluklardan ayrı ayrı üstündür; ancak bu toplulukların toplamından veya toplu olarak oluşturdukları yapıdan üstün değildir.⁹⁰ Burada devletin yetkisi, asıl yetkili olan alt toplulukların kendi yetkilerini devretmesiyle yani *yetki ikamesi (subsidiarity)* ilkesine göre oluşmaktadır.⁹¹ Dolayısıyla öncelikli yetki, alt topluluklarda veya devleti oluşturan topluluklardadır. Çünkü kapsayıcı ve evrensel siyasi topluluk olarak devlet, diğer topluluklarca inşa edilmektedir.

Althusius, toplumu dikkate alarak devleti detaylandırmaktadır. Çünkü devlet, toplumsal sözleşmenin bir ürünüdür. Bu sözleşme, geleneksel modern toplumsal sözleşmelerdeki gibi bireyler değil; alt

⁸⁷ Hueglin, “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, s. 34.

⁸⁸ Althusius, *Politica*, s. 7, 13.

⁸⁹ Althusius, *Politica*, s. 13.

⁹⁰ De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 37.

⁹¹ Althusius'un teorisinde *subsidiarity* (yerindenlik/yetki ikamesi) ilkesi için bkz. Coşkun, “Althusius ve Yerindenlik İlkesinin Kökenleri”, s. 1-16.

topluluklar tarafından yapılmaktadır. Bu çerçevede kendisini açıkça organik bir perspektif içinde bağlamsallaştıran Althusius'un toplumsal sözleşme ve devlet öğretisinde birey değil, ara topluluklar bulunmaktadır. Bu noktada bakıldığında Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi, Hobbes, Locke ve Rousseau'nun toplumsal sözleşme teorilerinden temelden ayrılmaktadır. Toplumsal sözleşme teorisinin merkezine bireyi yerleştiren Rousseau, kendisinden yaklaşık bir buçuk asır önce sözleşme teorisinin ana fikrini formüle eden Althusius'a doğrudan bir atıfta bulunmamaktadır. Ancak Gierke, Rousseau'nun *Toplumsal Sözleşme*'yi yazmak için Althusius'un *Politica*'sını okumuş ve kullanmış olma olasılığının çok yüksek olduğunu ileri sürmektedir.⁹² Rousseau'nun doktrini ile Althusius'un düşünceleri arasında çeşitli yakınlıklar bulunsa da, toplumsal sözleşme konusundaki yaklaşımları açıkça farklıdır.

Althusius ile Rousseau'nun toplumsal sözleşmeleri arasındaki en büyük fark; Rousseau'ya göre toplumsal sözleşme esasen bireyler arasında bir sözleşme olmasına karşın, Althusius'a göre toplumsal sözleşme, oluşumunda bireylerin hiçbir parçası olmadığı çeşitli büyüklükteki organik toplulukların ilerici örgütlenmesidir. Bir sözleşmeye girdiklerinde, daha geniş topluluk lehine haklarından vazgeçmeyen, zaten var olan bir topluluğun üyeleri olarak bunu yaparlar. Althusius, sistemini kurmak için sosyal durumdan farklı bir doğa durumu kurgusuna ihtiyaç duymaz. Ona göre sözleşme, kesin olarak kurulmuş tek bir gerçek değil, her düzeyde mevcut olan ve insanın toplumsal doğasından kaynaklanan bir fikirdir. Buna karşılık Rousseau, bireyci/ferdiyetçi temel dayanaklardan bütüncül bir görünüme sahip bir yönetim biçimi inşa etmeye çalışır. Ona göre devlet, alt toplulukların birliğinden değil, yurttaşların birliğinin ifade ettiği "genel irade"den doğar.⁹³ Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi devlet dışı toplulukları tanımakta ve devletin mutlaklığını kırmaktadır. Rousseau'nun teorisinde devlet daha yekparedir ve ara topluluklara yer bulunmamaktadır.⁹⁴

⁹² Gierke, *The Development of Political Theory*, s. 18.

⁹³ De Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", s. 52.

⁹⁴ Rousseau, devlet ile birey arasındaki aracı yapıların ilke olarak olmaması şeklindeki düşüncesi esasen Hobbes'u takip eden bir düşüncedir. Hobbes'a göre devlet, tüm bireysel iradelerin mutlak teslimi ile birlikte sözleşme yapan bireylerin iradesine tabidir. Devlet bireylerin iradesine bağlı olarak hemen kurulmaktadır. Hemen kurulduğu için de aracı kurumlar bulunmamaktadır. De Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", s. 53.

Dolayısıyla Rousseau'nun teorisinde diğer toplulukların hakları da göz ardı edilmekte ve tanınmamaktadır. Kısaca; Rousseau toplumun temellerine ilişkin felsefi araştırmasına “doğal [bireyci] insanla” başlarken, Althusius ise siyaset felsefesine “kültürel [toplulukçu] insanla” başlamıştır.⁹⁵

Althusius'un toplumsal sözleşme ve sözleşmenin nihai ürünü olarak devlet teorisi, federatif bir temel üzerine bina edilmiştir. Elazar'ın da belirttiği gibi Althusius, bütün düşünce sistemini federal bir sözleşme temelinde geliştirmiştir. Bu federal sözleşme, ilk elden evrensel topluluk olarak devletin sözleşmeye dayalı bir biçimde diğer toplulukların (şehir ve eyalet) bir federasyonu olarak inşa edilmesi şeklinde anlaşılmaktadır. Bu makro ve belirginleşen anlam, esasen Althusius'un simbiyotik topluluk ve siyaset anlayışına dayanmaktadır. Çünkü simbiyotik toplulukların sanatı olarak siyasetin bizatihi kendisi, simbiyotik toplulukların üyelerinin birlik ve paylaşımına dayalı olduğu için baştan sona federaldir.⁹⁶ Bu bağlamda Elazar, bazı çekincelerle de olsa Althusius'u modern federalizmin gerçek babası olarak nitelemektedir.⁹⁷ Thomas Hueglin da, orta çağ ile modern çağ arasında bir figür olarak görmüş olduğu Althusius'un geniş ve karmaşık siyaset teorisinin federalist doktrinin üç unsuruna denk geldiğini belirtmektedir: Diğer kamusal topluluklar olarak şehirlerin ve eyaletlerin/bölgelerin “birleşimi” ile oluşan devlet; kurucu güçlerin ortak egemenliği (egemenliğin

⁹⁵ Woldring, “The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius”, s. 126.

⁹⁶ Elazar, “Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xli.

⁹⁷ Daniel J. Elazar, “Federalism,” International Encyclopedia of the Social Sciences, New York: Macmillan, 1968, s. 356–361. Elazar, federalizm konusunda karşılaştırma yaparak federalizmi yenilenen bir biçim olarak değerlendirmektedir. Karşılaştırmayı bireysel haklara dayanan bir “modern federalizm” ile kamusal alanda hukuki ve siyasi hakların atfedilmesi gereken grupların ve toplulukların gerçek ve meşru varlığına dayanan bir “post-modern federalizm” arasında yapmaktadır. Bu karşılaştırma çerçevesinde Althusius'u sadece orta çağdan modern federalizme geçişin bir figüre olarak değil, post modern bir federalizm için bir fikir kaynağı olarak bakılması gerektiğini belirtmektedir. Bunu belirtirken, Althusius'un düşüncelerinin bütünüyle aktarılamayacağını farkında olduğunu da ifade etmektedir. Elazar, “Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth”, s. xl. Elazar'ın federalizm ile ilgili daha detaylı bilgi için ayrıca bkz. Daniel J. Elazar, Exploring Federalism, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.

paylaşım); topluluklar arasındaki karşılıklı ilişkilerin birliği olarak evrensel toplumdur.⁹⁸ Burada belirtilen unsurlar, federalizmin temel ilkelerini özetleyen öğelerdir.

Althusius'un federalist yaklaşımının bir sonucu olarak devletin yetkisi ikincil bir yetkidir. Alain de Benoist, Althusius'un devlet ile diğer kamusal alt topluluklar arasında ortaklaşa/paylaşımlı yetki alanları sorununu gündeme getirmesini ve kamusal yaşamın bütün düzeylerinde devletin yalnızca alt düzeylerin üstesinden gelemeyeceği görevlerle ilgilenmesi gerektiğini savunmasından hareketle Althusius'u *subsidiarity* (yerindenlik) ilkesinin orta çağ sonrası ilk savunucusu olarak değerlendirmektedir.⁹⁹ Politik olarak *subsidiarity* ilkesi, daha alt seviyedeki birim gerekli bir görevi yerine getiremeyecek duruma gelmedikçe daha üst seviyedeki birimlerin müdahale etmemesi anlamında üst düzeydeki birimlerin yetki alanını sınırlandırmaktadır.

Althusius'un devlet ile özdeşleştirdiği egemenlik yaklaşımı da, bu federatif nitelikte olan toplumsal sözleşme teorisinin ve devlet yapısının bir yansıması ve sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

IV. ALTHUSIUS'UN YAKLAŞIMINDA EGEMENLİK VE EGEMEN

Althusius'un teorisinde temel bir kavram olarak yer alan egemenlik (*jus majestatis*), devlet yetkisi ve hukuku anlamına gelmekte ve devletin veya cumhuriyetin üyelerinin ruhsal ve bedensel yaşamları için gerekli olan her şeyi yapma konusunda üstün, önemli ve evrensel bir erk/güç olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁰ Egemenlik, evrensel topluluk olan devlette iyi bir düzen ve uygun bir yetki sağlamak amacıyla devletin üyelerinin her birisinin eylemlerini yönetir ve onlara uygun görevler verir. Bu evrensel yönetim erkinden (*potestas imperandi universalis*) üstün veya ona eşit herhangi bir erk bulunmamaktadır. Bu üstün erk ve yetki, egemenliğin hem şeklini hem de gerçek özünü oluşturur. Bu erk alındığında egemenlik ortadan kalkar ve son bulur. Evrensel topluluk için gerekli ve yararlı olan her şeyi düzenleme, reçete etme, emretme, yönetim ve oluşturma yetkisi olan egemenlik olmadan, hiçbir devlet ve

⁹⁸ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 38.

⁹⁹ De Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", s. 54-55.

¹⁰⁰ De Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", s. 37.

evrensel simbiyotik yaşam var olamaz.¹⁰¹ Ancak Althusius'a göre politik bir topluluğun ruhu ve hayati özü (vital spirit) olan bu egemenlik, mutlak bir egemenlik değildir.

Althusius'un bu egemenlik tanımı, ilk bakışta modern anlamda egemenliğin ilk kullanıcısı olan Bodin'in egemenlik anlayışını anımsatmaktadır. Egemenliği (*majestas* veya *summum imperium*) “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç” olarak tanımlayan Bodin'e göre de, “bütün aileleri ve dernekleri tek bir beden şeklinde birleştiren egemen erki olmayan bir devlet de devlet değildir.”¹⁰² Althusius ile Bodin'in ifadelerinin benzerlikleri bir yanılsama oluşturmaktadır ve esasen ikisinin egemenlik anlayışı birbirine karşıt yaklaşımlardır. En temel fark egemenlik hakkının kime ait olduğu konusunda ortaya çıkmaktadır. Bir dereceye kadar egemenliği egemenin (kralın) kişiliği ile özdeş gören Bodin'in aksine, Althusius egemenliği evrensel topluluk olan bir bütün olarak halka vermektedir. Althusius, doğrudan Bodin'in egemenlik yaklaşımını eleştirerek egemenlik hakkının halka ait oluşunu şöyle ifade etmektedir:

“Egemenlik hak ve kaynaklarını siyasette hamlettim. Ancak orada onu krallığa, yani devlete ve halka mal ettim.[...] Bodin, bu egemenlik haklarının halka mal edilemeyeceğini haykırmaktadır. Çünkü bu egemenlik halka veya tebaaya verildiğinde yok olacağını veya sona ereceğini iddia etmektedir. Bu hakların, en üst yöneticinin veya prensin şahsıyla o derece bağlı ve gerekli olduğunu –ve onunla o denli ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğunu– onun kişiliğinin dışında var olamayacağını ve başka herhangi bir kişide bulunamayacağını söylemektedir. [...] Ben bunun tam tersini, yani bu egemenlik haklarının yalnızca krallığa ait olacak derecede krallığın mülkiyetinde olduğunu ve onların devletin yaşamının yaşamsal soluğu, ruhu, kalbi ve özü olduklarını ve onlar olmaksızın devletin parçalanıp öleceğini ve devlet ismine layık görülmeceğini savunuyorum. Prens veya üst yöneticinin bu hakların baş hizmetçisi, idarecisi ve yöneticisi olduğunu ifade ediyorum. Ancak ben onların mülkiyetinin ve kullanım hakkının bihakkın tüm krallığa veya halka ait olduğunu iddia ediyorum.”¹⁰³ “Egemenliğin ve

¹⁰¹ Althusius, *Politica*, s. 69-70.

¹⁰² Ağaogulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 19.

¹⁰³ Althusius, *Politica*, s. 7.

kullanım hakkının sahibi, birçok küçük topluluktan tek bir simbiyotik bedende birleşen halktan başkası değildir.”¹⁰⁴

Althusius'a göre, egemenlik hakkı ne prene ne de herhangi başka bir bireye değil; devleti oluşturan topluluğun bütününe aittir. Egemenlik, halk yani devletin veya krallığın üyeleri olan topluluklar tarafından oluşturulur ve ortaya çıkar, onların dışında var olamaz ve korunamaz; dolayısıyla bütün topluluğun hakkıdır yani toplumun tüm üyelerinin ortak mülkiyetindedir. Egemenlik hakkının sahibi olan bütüncül topluluk olarak devlet veya halk, bu hakkı devredemez ve terk edemez veya bu haktan vazgeçemez. Başka bir anlatımla egemenlik hakkı, onun sahibi tarafından terk edilemez ve devredilemez bir haktır. Althusius, egemenlik hakkının devredilemez bir hak oluşunu tıpkı bir kişinin kendi yaşamını başkasına devredemeyeceği gibi bir örnek üzerinden anlatmaktadır. Egemen (kral veya prens), egemenlik hakkının sahibi değildir; topluluklar tarafından bir sözleşme ile sadece egemenliğin yönetimi prens veya krala verilmektedir.¹⁰⁵ Başka bir ifade ile egemen, topluluk hukukunun sadece yöneticisi ve vekilidir.

Althusius'un egemenliğin kral veya bireysel anlamda halkın değil devlet topluluğu olan bütünsel halkın mülkiyeti şeklinde tanımlanabilen temel tezi¹⁰⁶ ile Rousseau'nun egemenlik konusundaki fikirleri arasında yakınlık göze çarpmaktadır. Rousseau'ya göre de, hiç kuşkusuz egemenlik halka aittir. Althusius gibi Rousseau da, egemenliğin sahibi olan halk ile halkın iradesine bağlı olarak toplumu yöneten prens veya yöneticiler arasında ayırım yapmaktadır. Rousseau, egemenliğin devredilemez bir hak olduğuna, ancak halkın kendi iradesiyle yöneticiye bu hakka bağlı yetki veya vekillik verebileceğine inanmaktadır.¹⁰⁷ Rousseau'ya göre, yurttaşların bütünü ve genel iradenin kaynağı olan halka ait olan egemenlik hakkı, halkın rızasıyla dahi devredemeyeceği bir haktır. Nasıl ki özgürlük bireyin vazgeçemeyeceği ve başkasına devredemeyeceği bir hak ise, egemenlik de aynı şekilde halkın devredemeyeceği bir hak olarak Rousseau tarafından değerlendirilmektedir.¹⁰⁸ Halk, egemenliğini başka birine devrettiğinde

¹⁰⁴ Althusius, *Politica*, s. 13.

¹⁰⁵ Althusius, *Politica*, s. 7.

¹⁰⁶ Althusius, *Politica*, s. 175-177.

¹⁰⁷ De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 50.

¹⁰⁸ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s. 100.

halk olmaktan çıkmaktadır. Althusius da aynı mantıkla halkın bir bütün olarak doğasında bulunan egemenlik hakları alındığında, bütünsel topluluk olarak devletin yok olacağını belirtmektedir. Althusius ile Rousseau'nun buradaki benzerliği sadece egemenliğin mülkiyeti ve devredilmesi ile ilgilidir. Althusius doktrininin temelinde toplulukları, Rousseau ise bireyleri yerleştirerek her ikisinin hareket noktası birbirinden farklıdır. Althusius egemenliği bireysel yurttaşlara veya anonim bir ortak olarak halka vermemekte; devlet topluluğuna, yani birçok küçük topluluktan tek bir simbiyotik bedende birleşmiş halka vermektedir. Bu karşılaştırma, Rousseau'un *genel irade (volonté générale)* fikrinin Althusius'un felsefesinde mevcut olmadığını gayet net ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁹ Hülasa, her ikisinin egemenliğin diğer boyutları ile ilgili anlayışları da farklılık göstermektedir.¹¹⁰

Althusius'a göre, halk her zaman elinde bulundurduğu egemenlik yetkisinin kullanımını çeşitli organlara verebilir. Elbette yöneticiye verilen bu yetki, egemenlik hakkının devri anlamına gelmemektedir. Halk, toplulukların temsilcilerinden ve bir sözleşme temelinde egemenliğin kullanımını yöneticiye veya krala vermektedir. Bu aşamada kral veya yönetici sözleşmenin tarafı ve ortağı değil, halkın kararına tabidir. Ancak halkın ve kralın hak ve ödevleri sözleşme ile belirlendikten sonra kral da sözleşmenin tarafı haline gelir.¹¹¹ Bu çerçevede Althusius, yönetimi (yönetmeyi ve yönetilmeyi) doğal olgular olarak görmektedir. Yöneticiler, *potestas* (iktidarı kullanım) yetkisini *auctoritas*'a da (iktidarın ilkesi) sahip olan halktan almaktadırlar.¹¹²

Althusius, egemenlik hakkı konusundaki görüşlerinin devamı olarak ve ona uygun bir şekilde yöneticinin devletten veya evrensel toplulukta birleşen halktan daha az bir önemde olduğunu düşünür. Kral veya yöneticiler iktidarlarını aldıkları topluluklardan daha az bir yetki ve iktidara sahiptirler; çünkü onlara verilen hakimiyet ve iktidar, her zaman asıl egemenlikten daha azdır. Bu çerçevede yöneticilere verilen "üstünlük", egemenliğin özdeş olduğu devlet veya bir bütün olarak

¹⁰⁹ Woldring, "The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius", s. 126; Malan, "The Foundational Tenets of Johannes Althusius' Constitutionalism", s. 21-22.

¹¹⁰ Gemalmaz, "Johannes Althusius'da Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı", s. 51-52.

¹¹¹ Woldring, "The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius", s. 126.

¹¹² Ağaogulları & Akal & Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, s. 70.

evrensel topluluk üzerinde değil; devleti oluşturan üye topluluklar üzerinde geçerlidir.¹¹³ Başka bir anlatımla verilen bir iktidar ne kadar büyük ve üstün olursa olsun, o iktidarı veren kaynaktan yani egemenlikten daha küçüktür ve azdır.

Siyaset teorisindeki egemenlik sistemini açıklamak için egemenliğin sahibi ile kullanımı arasındaki ayrımı yapan Althusius, aynı zamanda yetki ve iktidarını egemenliğin sahibi olan halktan alarak kullanacak yöneticilerin kimler olacağına da bakmaktadır. Bu aynı zamanda Althusius'un siyaset sisteminde yönetimin meşruiyeti ile de ilgilidir. Althusius, devletteki “egemen yöneticileri” topluluk üyelerinin temsilcilerinden oluşan kolektif bir organ olarak “*eforlar*” (*ephors*) ve genellikle onlar tarafından seçilen bir “*üst/yüksek yönetici*” (*supreme magistrate*) şeklinde iki sınıfa ayırmaktadır.¹¹⁴ Bu ayırım ve sınıflandırma, esasen bütün kamusal topluluklarda (şehir, eyalet ve devlet) söz konusudur. Egemen yöneticilerin bu her ikisinin de halkın temsilcisi olduğu ifade edilmektedir.

Tüm halkın rızasıyla seçilen ve oluşturulan eforlar, aynı zamanda devletin ve evrensel topluluğun temsilcileridirler ve üst/yüksek yöneticiyi belirleme konusunda devletin yetki ve iktidarının kullanımında en yüksek sorumluluk verilen kişilerdir. Eforlar, seçmiş oldukları üst yöneticiye evrensel topluluk faaliyetlerinde yardım etmekte ve danışmanlık yapmaktadırlar. Eforlar, “üst yöneticinin denetçileri”, “devletin veya krallığın en iyileri”, prensin iktidarına karşı bir denge oluşturan “halk ve üst yöneticiler arasındaki anlaşmanın resmi uygulayıcıları” olarak tanımlanmaktadırlar.¹¹⁵ Bu çerçevede, eforlar “devletin yetki ve iktidarını, devlet için kötü ve yıkıcı olan girişimlerde onun özgürlüğünü kısıtlamak ve engellemek, onun görevlerinin sınırları içinde tutmak ve son olarak üst yöneticinin özel bağlılıkları, nefretler, eylemleri, ihmali veya eylemsizliği nedeniyle zararlı hiçbir şeye maruz kalmaması için devleti tam olarak sağlama almak ve gözetlemek için kullanırlar.”¹¹⁶

¹¹³ Althusius, *Politica*, s. 97.

¹¹⁴ Althusius, *Politica*, s. 99.

¹¹⁵ Althusius, *Politica*, s. 100. Althusius'un eforların görev ve niteliklerini tanımlaması, belirgin bir biçimde Alman İmparatorluğu'ndaki yedi seçici prensin rolünden etkilendiğini göstermektedir. De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 39.

¹¹⁶ Althusius, *Politica*, s. 99.

Evrensel topluluğun üyelerinin temsilcilerinden oluşan eforlar, her biri ayrı ayrı ve bireysel olarak ele alındığında üst yöneticiden daha az bir yetkiye sahip alt düzey yöneticilerdir; ancak bir bütün olarak halkı temsil ederek toplu olarak onun adına bir şeyler yaptıklarında üst yöneticiden daha üstün yetkilere sahip olup en yetkili makam halini alırlar.¹¹⁷ Bu eforların başlıca beş görevi bulunmaktadır: Birincisi, genel ve üst yöneticiyi belirlemek. İkincisi, üst yöneticinin kendisine verilen hak ve görevlerin sınırları içerisinde hareket etmesini sağlamak ve halkın kendisinde tuttuğu ve üst yöneticiye devretmemiş olduğu özgürlük ve diğer hakların koruyucuları ve savunucuları olarak hizmet etmek. Üçüncüsü, fetret döneminde ya da devletin yetersiz yönetimi sırasında, üst yöneticinin görevleri için bir müteveli olarak hizmet etmek ve başka bir üst yönetici seçilinceye kadar devletin yönetimini üstlenmek. Dördüncüsü, tiranlığa yönelen üst yöneticiyi görevden almak. Beşincisi, üst yöneticiyi ve onun haklarını savunmak ve korumak.¹¹⁸ Bu görevler, açıkça üst yönetici olan kral veya prens karşısında bütünsel toplulukta birleşmiş halkın temsilcisi olan eforlara daha yüksek bir güç ve iktidarın verildiğini göstermektedir.

Eforların görevleri, üst yöneticinin görevine aykırı bir şey yaparak ve/veya görevini ihmal ederek yozlaşmasını engellemektedir. Diğer yandan üst yönetici de, herhangi bir eforun sınırlı egemenliğini tebaasını veya krallığını yıkmaya sürükleyecek biçimde kötüye kullanılmasına engel olmaktır. Bu manada kral ile eforlar arasında anayasal anlama gelecek bir “karşılıklı denge ve denetleme” bulunmaktadır.¹¹⁹ Elbette bu çağdaş anlamdaki bir kuvvetler ayrılığına denk gelmemektedir; ancak oldukça etkili bir denge ve denetleme sistemine yaklaşmaktadır. Böyle bir yapıda bir yandan eforlar, alt topluluklardan yukarıya doğru federatif işbirliğinin geliştirilmesi ve sürdürülmesini sağlayarak federatif toplulukların çıkarlarıyla ve böylece halkın çıkarlarıyla ilgilenmekteyken; diğer yandan üst yönetici ise, devletin birliğini korumaya çalışmaktadır. Başka bir ifadeyle bu iki

¹¹⁷ Althusius, *Politica*, s. 105-106.

¹¹⁸ Althusius, *Politica*, s. 103. Althusius'un eforların nitelikleri ve görevleri ile ilgili eserinin muhtelif yerlerinde yapmış olduğu betimleme ve değerlendirmelerin bir bütünü için bkz. Koos Malan, “Johannes Althusius’ Grand Federalism, the Role of the Ephors and Post-Statist Constitutionalism”, *PER / PELJ*, Vol. 20, No. 1, 2017, s. 17-19. (<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a1350>).

¹¹⁹ Althusius, *Politica*, s. 108-109.

“egemen yönetici” sınıf arasındaki denge ve denetleme, bir taraftan devletin/krallığın temel yapısının istikrarını güvenceye almakta diğer taraftan da eyaletlerin devlet yaşamına katılmasını kolaylaştırmaktadır.¹²⁰ Aynı zamanda bu, modern anlamdaki bir federalist sistemdeki egemenlik yapısına denk gelmektedir.

Eforlar tarafından “üst yönetici, evrensel topluluğun refah ve faydası için topluluğun yasalarına göre seçilen, topluluğun haklarını yöneten ve bu hakların uygulanmasını sağlayan kişidir.”¹²¹ Yürütme erkini elinde tutan üst yönetici, egemenlik yetkisini bir karşılıklı sözleşme temelinde yetkilendirme yoluyla kullanmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, egemenlik hakkı bir bütün olarak topluluğun elindedir ve prens veya kral olan üst yönetici egemenlik hakkının sadece kullanımın bir vekilidir. Üst yöneticiye sözleşme ile verilen egemenliğin kullanımının sınırlarını, yine sözleşme belirlemektedir. Evrensel topluluk olan devletin hukukuna denk bu sözleşmede üst yönetici, evrensel topluluğun belirlemiş olduğu yasalara göre krallığı veya devleti yönetme sözünü vermektedir. Bu karşılıklı sözleşmenin sağlamış olduğu yetkinin doğasına göre, devletin üyelerinin veya halkın yükümlülüğü de devleti önceden belirlemiş yasalara göre yöneten üst yöneticiye uymaktır.¹²² Burada devletin birinci görevlisi olan üst yönetici, egemenliğin sahibi değildir ve buna bağlı olarak egemenliğin kullanımında da sözleşme ile belirlenen sınırlar içerisindedir. Üst yönetici olan kral veya prens, adeta devletin bir memuru olarak sözleşme ile devletin yasalarına bağlıdır.

Althusius’un ortaya çıkan bu egemenlik yaklaşımı, modern anlamda kavramsal olarak egemenliğin ilk kullanıcısı olan Bodin’in egemenlik anlayışıyla tam zıt bir kutupta durmaktadır. Bodin’e göre, egemenlik sınırlanamaz bir güç olarak mutlaklıdır. Başka bir anlatımla, egemenlik kimsenin rızasına dayanmadan herkese ve her şeye kanun koyma yetkisidir, yani esas olarak sınırsız yasa yapma yetkisidir. Yöneticiye ait olan ve egemen ile özdeşleşen bu egemenliğin zamansal ve hukuksal olarak hiçbir sınırı bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak hükümdar, Althusius’un teorisindeki gibi evrensel topluluğun hizmetkarı veya vekilharıcı değil; mutlak sahibidir. Bodin’in egemenlik öğretisi, toplulukların pozitif yasalarına bağlı olmadığı gibi kendi yasalarının sınırlarına da bağlı değildir. Hükümdar, kendi vicdanında doğal hukuka

¹²⁰ De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 39.

¹²¹ Althusius, *Politica*, s. 120.

¹²² Althusius, *Politica*, s. 121.

veya ilahi hukuka kendini bağlı hissedebilir; ancak yeryüzündeki hiçbir pozitif yasa, mutlak hükümdarından başka bir kaynak kabul edemez.¹²³ Althusius, eserinde doğrudan eleştirdiği Bodin'in egemenlik yaklaşımının tam tersi bir egemenlik teorisi geliştirmiştir. Althusius'a göre, egemenlik mutlak ve sınırsız olmadığı gibi, kesinlikle hükümdara veya krala da ait değildir.

Althusius'un teorisinde egemenlik çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. İlk sınırlama, Althusius'un dinsel yaklaşımı ile ilintilidir. Ona göre, Tanrı'nın bir emaneti olan egemenlik, yaratılışın yazılı olmayan yasalarının yanı sıra yazılı yasalarına da bağlıdır. İkincisi, toplumsal sözleşme teorisinin bir sonucu olarak evrensel topluluk olan devlet yasa oluştururken alt toplulukların sınırlarını serbestçe aşamaz. Üçüncüsü ise, egemenliğin sahibi ve kullanıcısı arasında yaptığı ayırımı ortaya çıkmakta ve sözleşme ile egemenliğin kullanımı yetkisi verilen yönetici, yasaya tabidir ve yasanın belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde egemenliği kullanabilmektedir.¹²⁴ Althusius, hukukun herkesten üstün olduğunu herkesin onu üstün olarak tanıdığını belirterek esasen hukukun egemenliğini vurgulamıştır.¹²⁵ Dolayısıyla yöneticiler, egemen olan hukuka bağlı ve onunla sınırlıdır.

Althusius'a göre, yöneticilerin yetkileri egemenliğin sahibi olan halkın vermiş olduğu yetki ile sınırlıdır. Devlet, kendisi için yöneticiler belirlerken kendisini koruma araçlarından da yoksun bırakmamıştır ve böylelikle yöneticilerin yağmalamalarına maruz bırakmamıştır.¹²⁶ O nedenle de yöneticilerin egemenliğini sınırlandırmıştır. Hatta Althusius'a göre, "yöneticilerin iktidarı ne kadar az olursa, egemenlik/devlet (imperium) o kadar güvenli ve istikrarlı kalır." Çünkü denetim altına alınan, yönetilenlerin rızasına dayanan ve yasayla sınırlanan iktidar, yönetilenlerin yıkımına yol açacak aşırılıklara girmez ve tiranlığa dönüşmez. Üst yöneticiye mutlak iktidar veya iktidarın tamamı verilmez. Zira iktidarın tamamını kullanan kişi, ilk olarak insan toplumunun içinde

¹²³ Ağaogulları & Akal & Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, s. 19-30; Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 187.

¹²⁴ Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 188.

¹²⁵ Althusius, *Politica*, s. 111. "Tüm iktidar, belirli hudutlar ve yasalarla sınırlandırılmıştır. Hiçbir iktidar mutlak, sonsuz, dizginsiz, keyfi ve kanunsuz değildir. Her iktidar yasalara, hakka ve hakkaniyete bağlıdır. Aynı şekilde meşru yollarla oluşturulan her sivil iktidar da feshedilebilir ve kaldırılabilir." Althusius, *Politica*, s. 115.

¹²⁶ Althusius, *Politica*, s. 98-99.

bulunduğu kısıtlamaları aşar. İkincisi, mutlak iktidar tarafından adalet yok edilir ve adalet ortadan kaldırıldığında da krallıklar artık soyguncu çeteleri haline gelir. Üçüncüsü, bu tür mutlak iktidar yönetilenlerin fayda ve refahını değil, özel zevki dikkate alır. Fakat iktidar, esas olarak yönetenler için değil, yönetilenlerin yararına kurulur ve yönetilenlerin ya da halkın yararı da en azından sınırsız bir iktidar gerektirmez.¹²⁷ Bu nedenle iktidar yasalarla çizilmiş sınırların dışına çıkamaz. Bu bağlamda üst yönetici, sınırları aşar ve kendisine verilen amaca hizmet etmezse artık yönetilenlerin itaat etmesi gerekmeyen sıradan bir kişiye dönüşür. Üst yönetici, hukuka karşı gelerek yetkisinin sınırlarını ihlal ettiğinde ve zorbaya veya tirana dönüştüğünde, halkın buna karşı direnme hakkı oluşmaktadır.

V. DİRENME HAKKI

Althusius'un toplumsal sözleşme ve buna bağlı olarak egemenlik yaklaşımı, doğal olarak direnme hakkını ortaya çıkarmaktadır. Egemenliğin sahibi ile egemenliğin kullanıcısı arasında yapılan sözleşme, yani üst yönetici ile halk arasındaki sözleşme, her ikisinin de yasal görevlerini belirlemektedir. Kral veya prens olan bu üst yönetici, sözleşmenin belirlemiş olduğu yasal sınırlar içerisinde görevini icra edecek; halk da buna karşılık yasal sınırlar içerisinde kalan üst yöneticiye itaat edecektir. Başka bir anlatımla, bu sözleşmenin getirmiş olduğu eforlar ile üst yönetici arasındaki anayasal dengenin doğal bir uzantısı olarak direnme hakkı meydana gelmektedir. Gerçek anlamda anayasal bir kuvvetler ayrılığı olmasa da oldukça etkili bir denge ve denetleme sağlayan bu sistemde eforlar, seçmiş oldukları üst yöneticiyi denetleme ve bu yönetici sözleşmenin belirlemiş olduğu sınırları ihlal ettiğinde onu görevden alma yetkisine sahiptirler.¹²⁸ Halkın üst yöneticiye itaat sözü her daim şarta bağlıdır. Bu şart ise, üst yöneticinin sözleşme ile kendisine verilen görevlere aykırı davranmaması ve çizilen sınırları aşmamasıdır. Bu şartlar ihlal edildiğinde veya gerçekleşmediğinde itaat sözü son bulur ve her zaman sahibi olduğu egemenlik yetkisine dayanarak yeni bir üst

¹²⁷ Althusius, *Politica*, s. 121-122.

¹²⁸ Hueglin, "Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?", s. 37.

yönetici belirleme hakkını kullanabilir.¹²⁹ Daha önce de ifade edildiği gibi, üst yöneticinin sınırları toplumsal sözleşme ile kurulan evrensel topluluk olarak devletin hukuku tarafından belirlenir. Bu hukuk ile var olan topluluk veya devlet, varlık kaynağını çığneyen üst yöneticiyi değiştirme yetkisini kullanacaktır.

Althusius'a göre, üst yönetici sözleşmeyle belirlenen sınırları çiğnediğinde ve yeminini ihlal ettiğinde evrensel topluluğun temelleri ve bağları tahrip olur ve yıkılır. Böyle bir yöneticinin yönetimi, “adil ve dürüst yönetimin zıddı” olarak tanımladığı tiranlık yönetimine dönüşerek devletin temellerini sarsmaya başlar.¹³⁰ Dolayısıyla halkın “tiranlaşan krala karşı aktif bir direnme gösterip onu görevinden alması, bütüncül simbiyotik topluluğun varlığını sürdürebilmesinin tek yoludur.”¹³¹ Halkın direnme hakkı; hırsından, tutkusundan veya gaddarlığından devletin temelini oluşturan barış, erdem, hukuk ve düzen, asalet gibi değerleri zalimce yok eden tirana karşı devreye girmektedir. Yoksa direnme hakkı, üst yöneticinin her hatasında veya her başarısızlığında söz konusu olamaz.

Althusius, görevinin veya yönetiminin sadece bir kısmında başarısız olan veya ihmal eden bir hükümdarın hemen tiran olarak adlandırılmayacağını belirtmektedir. Bazen en iyi yöneticilerin bile görevlerinin ifasında zayıf olabileceği düşünülerek, evrensel topluluğun temellerinin ve bağlarının prensin kusurlarından dolayı sarsılmaması ve bozulmaması şartıyla, kısmi başarısızlık gösteren ve hata yapan prensin tiran olarak muamele görmemesi gerekmektedir. Althusius, burada eşlerin işlemiş olduğu her kabahatin evlilik birliğini sonlandırmadığı örneğini kullanarak üst yöneticinin de her hata ve kusurunun onu hükümdarlık makamından mahrum etmediğini vurgulamaktadır.¹³² Bir üst yönetici adil yönetimin yasalarını kabul edip¹³³ sonra ihmal veya ihlal

¹²⁹ Althusius, *Politica*, s. 132-133; Ayferi Göze, “On altıncı Yüzyıl Düşünürlerinden Baskıya Karşı Direnme”, *İÜHFMD*, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, 1996, s. 269.

¹³⁰ Althusius, *Politica*, s. 191.

¹³¹ Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 74.

¹³² Althusius, *Politica*, s. 191-192.

¹³³ Althusius, ancak sözleşme ile seçilen üst yöneticinin tiran olabileceğini; sözleşmeye dayanmadan gasp ile başa geçen yöneticinin baştan yönetici sıfatının olmadığını belirtmektedir. Yani sözleşme ile üst yönetici olup sonradan tiranlığı uygulayan (*tyrannus exercitio*) ile üst yönetici vasfını hiç kazanmamış tiran (*tyrannus absque titulo*) arasında bir ayrım yapmaktadır.

ederek insan topluluklarının temellerine ve özüne aykırı hareket ettiğinde ve sivil ve sosyal hayatı yok ettiğinde tiran olarak nitelenecektir.

Althusius'a göre evrensel topluluğun hukukunu tahrip eden tiran; devletin topraklarını başkasına veren, topluluk içinde barışı kaldıran ve kargaşaya yol açan, putperestlik düzeni kuran, kilisenin statüsünü değiştiren, devletin temel yasalarını çiğneyen; hırs, tutku veya karakter zayıflığından toplumsal sözleşme kurallarını ihlal ederek devletin selametini ve güvenliğini tehlikeye sokan ve devleti yıkıma sürükleyen kişidir.¹³⁴ Böyle bir tirana karşı halk, elinde bulundurduğu direnme hakkını sözleşme ile oluşan yasal yollarla kullanacaktır. Ancak bu direnme hakkının kullanımı, bireyler değil halkın temsilcileri olan eforlara aittir. Çünkü Althusius'un toplumsal sözleşme teorisinde üst yönetici ile sözleşmeyi eforlar yapmaktadır. Tirana karşı direnme, eforların sadece bir hakkı değil aynı zamanda esaslı bir görevidir.¹³⁵ Başka bir anlatımla Althusius'un teorisinde bireysel direnme hakkı bulunmamaktadır.¹³⁶ Bu çerçevede, Althusius'un teorisinde öngördüğü direnme hakkı ile siyasal iktidarın sınırlandırılmasını ve direnme hakkını savunan bir başka düşünür olan John Locke'un teorisindeki direnme hakkı arasındaki fark da ortaya çıkmaktadır. Çünkü John Locke, direnme hakkının da dayanağını oluşturan toplumsal sözleşmenin temelini bireyi yerleştirmektedir.

Eforlar, tirana karşı direnme hakkını hem kolektif olarak birlikte hem de tek tek bireysel olarak kullanırlar. Eforler, kendi başlarına ve

Sözleşmeye dayanmadan iktidarı gasp eden birisinin baştan itibaren hiçbir siyasal yetkisi bulunmamakta çünkü o makamın uygulanacağı bir siyasal toplum bulunmamaktadır. Böyle unvansız bir tiran, hiçbir zaman üst yöneticiye atfedilen saygınlığı kazanamaz; bir gaspçıdan öte olmayan sıradan bir kişidir. Buna karşı sıradan yurttaşlar bile direnebilir ve gerektiğinde öldürebilir. Ancak imtiyazlarını yavaş yavaş tiranlık noktasına kadar sürdüren bir üst yöneticiye karşı ancak eforlar direnme hakkına başvurabilir ve direnebilir. Althusius, *Politica*, s. 194-195; Carney, "Translator's Introduction", s. xxiii; De Benoist, "The First Federalist: Johannes Althusius", s. 40-41; Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 74.

¹³⁴ Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 74; Göze, "On altıncı Yüzyıl Düşünürlerinden Baskıya Karşı Direnme", s. 270.

¹³⁵ Althusius, *Politica*, s. 103-105.

¹³⁶ Gemalmaz, "Johannes Althusius'da Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı", 58-59.

bireysel olarak tirana karşı kendi eyaletlerini korumak amacıyla, kolektif olarak da devleti tirana karşı korumak maksadıyla direnme hakkına başvururlar. Althusius, eforların direnme hakkını nasıl kullanacaklarıyla ilgili detaylar vermekte ve öncelikle şiddete başvurmadan, tiranı ihlal etmiş olduğu yasal sınırlar içerisine döndürmeye çalıştıklarını belirtmektedir. Devleti kurtarmak amacıyla gerektiğinde tirana dönüşen üst yöneticiyi değiştirirler ve nihayet devleti korumak için diğer bütün yollar kullandıktan –başka bir çare kalmadıktan– sonra en son çare olarak tiranı öldürebilirler.¹³⁷ Ancak eforların ve onlara yardımcı olanların bütün çabalarına rağmen tiranlığı ortadan kaldıramıyorlarsa, direnme hakkının bir unsuru olarak başka bir hak olan ayrılma hakkı devreye girmektedir.

Althusius, bütün önlemlere ve çabalara rağmen tiranlık varlığını sürdürdüğünde eforların kendi topluluklarını evrensel topluluk olan devletten ayırabileceklerini savunmaktadır. Althusius'a göre, üst yöneticinin ülkenin temel yasalarını (anayasasını) çiğnediği durumların yanı sıra evrensel topluluğun üyesi olan alt toplulukların bütününe açık ve aleni refahının gereği, yani o topluluğun tamamının açıkça talep etmesi durumunda da o alt topluluğun ayrılma hakkı bulunmaktadır.¹³⁸ Burada Althusius'un savunduğu ayrılma hakkı, modern anlamdaki federal ayrılma hakkına denk gelmektedir.

Althusius'un direnme hakkının bir biçimi olarak ayrılma hakkını savunması, o dönemki hiçbir düşünür tarafından o düzeyde savunulmamıştır.¹³⁹ Çünkü bu devletin tamamen ortadan kalkması sonucuna varmaktadır. Böyle bir durumda devleti oluşturan sözleşme de ortadan kalkacağından kamusal alt birimler ve topluluklar (eyaletler ve şehirler), sözleşme öncesi özgürlüklerine sahip olacaklardır. Ayrılan alt birim ve topluluk, kendisi için yeni bir hükümdar seçebilir veya yeni bir devlet oluşturabilir. Başka bir ifadeyle ayrılan birim, ya kendi başına ya da diğer birimlerle veya mevcut bir devletle birleşerek yeni bir devlet oluşturabilir. Ortaya çıkan bu yeni siyasal yapı, statüsünü ayrılmış olduğu eski devlete karşı zorla ve silahla savunabilir.¹⁴⁰

¹³⁷ Althusius, *Politica*, s. 199.

¹³⁸ Althusius, *Politica*, s. 197.

¹³⁹ Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 75; Göze, "On altıncı Yüzyıl Düşünürlerinden Baskıya Karşı Direnme", s. 270.

¹⁴⁰ Althusius, *Politica*, s. 197; Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 75.

Althusius, tirana karşı direnme ve ayrılma hakkına yönelik savunusunu dini örnekler üzerinden de yapmaktadır.¹⁴¹ Çünkü tiran, devletin yanı sıra, kiliseyi de bozmakta ve yağmalamaktadır.¹⁴² Esasen Althusius'un eserinde başta egemenlik ve toplumsal sözleşme olmak üzere hemen hemen her konuda din ve dinsel otorite ile ilgili örnekler verilmektedir. Bu bağlamda, Althusius'un teorisini şekillendiren temel kaynaklardan birisi de dindir. Nitekim eserinde ilahi otorite ve onun seküler otorite ile ilişkisi de özel olarak incelenmektedir. Dinsel otorite ile seküler otorite yani din-devlet ilişkisi bu çalışmanın sınırlarını aşacak bir konudur. Ancak bu çalışmanın bütünselliğini korumak amacıyla burada da kısaca değinilecektir.

VI. SEKÜLER VE İLAHİ OTORİTE: DİN-DEVLET İLİŞKİSİ

Eseri baştan sona İncil referansları ile dolu olan Althusius'un siyaset teorisinin üzerinde Protestan Kalvenizm'in çok bariz etkileri bulunmaktadır. Hatta "Kalvenizm'in siyaset bilimi ve hukuk alanında ortaya çıkarmış olduğu en zeki ve en derin düşünür" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴³ Bu bağlamda Althusius'un toplumsal sözleşme, egemenlik, din-devlet ilişkisi, tirana karşı direnme hakkı gibi konulardaki düşüncelerini, dinden bağımsız bir biçimde değerlendirmek mümkün değildir.¹⁴⁴ Ancak Althusius, orta çağ düşünürleri gibi teorisini din ile sınırlı tutmamış; tam aksine, rasyonel bir zemin üzerinden geliştirmiştir. Dahası rasyonel analizler ve çıkarımlar ile ulaştığını sonradan bir Hristiyan ve Protestan olarak yasallaştırmak için teolojik kaynaklara başvurduğu ve kullanmış olduğu teolojik kaynaklar ve referanslar olmadan da salt akli çözümlerle de geliştirmiş olduğu sistemi ortaya çıkarabildiği iddia edilmiştir.¹⁴⁵ Yaptığı sentezlemeler sonucunda din ile devlet arasında bir sınır belirlemiş ve seküler bir sistem benimsemiştir.

¹⁴¹ Althusius, *Politica*, s. 197.

¹⁴² Althusius, *Politica*, s. 192.

¹⁴³ Carl J. Friedrich, "Introductory Remarks", in *Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius (Althaus)*, Ed. Carl J Friedrich, Harvard University Press, 1932, s. xviii.

¹⁴⁴ Elazar, "Althusius's Grand Design for a Federal Commonwealth", s. xxxv-xxxviii.

¹⁴⁵ Friedrich, "Introductory Remarks", s. xviii.

Althusius evrensel topluluk olarak devletin veya krallığın hem dinsel hem de seküler yönünün bulunduğunu belirtmektedir. Diğer bir anlatımla, hem ruhun hem de bedeninin esenliği devlet ile ilgilidir. Her topluluğun temeli olan bu iki özellikten ne zaman dönülürse evrensel topluluk olan devletin saadeti yıkılmaya başlar.¹⁴⁶ Karşıt bir anlatımla devlet, varlığının selameti için hem ruhun hem de bedeninin refahını sağlamalıdır. Dolayısıyla devlete dinin işlevlerinin yerine getirilmesi konusunda da bir yetki alanı verilmektedir. Ancak devlete verilen bu yetki, sanıldığı gibi aksine devlete dini topluluk üstünde yani kilise üzerinde hiyerarşik bir üstünlük vermemektedir.¹⁴⁷ Burada tıpkı evrensel topluluk olan devlet ile diğer alt kamusal topluluklar olan şehir ve eyalet arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki bulunmaktadır.

Althusius, dini/ilahi ve dünyevi işlerin ve görevlerin birbirinden farklı olduğunu ve karıştırılmaması gerektiğini belirterek ilahi otorite ile seküler otorite yani din ile devlet arasında ayırım yapmakta ve her birisinin özerk bir alanı olduğunu belirtmektedir. Dini işlerin ve işlevlerin yönetimi ve bakımı, seküler yöneticiye değil, papazlar (presbyters) topluluğuna aittir. Ancak seküler yönetici bile, ruhun esenliği için gerekli olan şeylerle ilgili bu yönetime tabidir.¹⁴⁸ Dini olmayan işlerde ise, seküler yöneticinin iktidarı bulunmakta ve kilise bu yönetime bağlı bulunmaktadır. Seküler yöneticinin dini konularda dini otoriteye tabi olması, kilisenin seküler yönetim üzerine egemenliği anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde kilisenin seküler işlerde seküler otoriteye bağlı olması, seküler otoritenin kilisenin özerkliğini ihlal ederek içişlerine karışabileceğini ifade etmemektedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla Althusius'a göre, kilise üzerinde nihai bir devlet egemenliği veya devlet üzerinde bir kilise egemenliği söz konusu değildir. Bu her iki topluluğun ve otoritenin kendi özerk alanında bir "içsel egemenlik" alanı bulunmaktadır. Ne kilise devlete ne de devlet kiliseye bir göreceli özerklik vermektedir. Tanrı, her ikisine de kendi alanında sınırlı bir egemenlik vermiştir. Her ikisi de

¹⁴⁶ Althusius, *Politica*, s. 74.

¹⁴⁷ Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 183-184. Ağaoğulları, Akal ve Köker; Althusius'un din konusunda devlete verilen yetkiyi, kiliseyi ruhani konularda bile devletin denetimi altına soktuğu şeklinde yorumlamışlardır. Böyle bir okuma, Althusius'un metinlerinde açık bir biçimde dini topluluğa vermiş olduğu özerkliğe aykırıdır. Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 75.

¹⁴⁸ Althusius, *Politica*, s. 59.

¹⁴⁹ Skillen, "The Political Theory of Johannes Althusius", s. 183-184.

Tanrı'ya karşı sorumluluk taşımaktadır. Bütün egemenliklerin (dini ve dünyevi) üstünde Tanrı'nın egemenliği bulunmaktadır.

Bir Reformist olan Althusius, Tanrı'nın tüm yaşam üzerindeki doğrudan egemenliğine inanır. Yeryüzünde yaşayan herkes tamamen onun kulu, kiracısı, müşterisi ve faydalananıdır. Yalnızca Tanrı'nın kendisi, yaratılış-üstü olarak insanın üstünde bir makamdadır ve kilise kurumu ne kadar önemli olursa olsun, Tanrı'nın yaratılışının denetleyicisi ve düzenleyicisi değildir. Burada Kalvinist sekülerliğin arkasındaki gerçek ruh bulunmaktadır. Kilise gibi seküler iktidar da yetkisini Tanrı'dan almaktadır.

Başka bir anlatımla bütün egemenlikler, “Kralların Kralı ve rablerin Rabbi” olan Tanrı'nın birer emanetidirler.¹⁵⁰ Hangi türden olursa olsun bütün egemenlikler Tanrı'nın nihai egemenliğine dönmektedir. Dolayısıyla bütün egemenlikler, Tanrı'nın egemenliği ile sınırlandırılmıştır. Mutlak egemenlik Tanrı'da bulunmaktadır. Fakat Tanrı'nın mutlak egemenliği, halkın egemenliğini ortadan kaldırmaz. Bu bağlamda Althusius'a göre, halkın seçimi ile Tanrı'dan gelen temel yasa arasında bir ayrım bulunmamaktadır.¹⁵¹ Tanrı'nın egemenliği, adeta halkın temsilcilerinin ortak denetimi ile tamamlanmaktadır.

VII. SONUÇ

Althusius'un siyaset teorisi, orta çağ ile modern çağ düşüncesinin kesiştiği bir kavşakta ve dönemde gelişmiş ve şekillenmiştir. Başka bir anlatımla, *orta çağ ile modern çağ sarkacında* bir düşünür olarak Althusius'un düşüncelerinde her iki dönemin etkilerini ve izlerini görmek mümkündür. Bu bağlamda, modern çağın devlet formu olan modern devlete yönelik kuramsal ve kavramsal (en başat kavram olan egemenlik) tartışmalar, Althusius'un teorisinde de yer almaktadır. Ancak Althusius, *egemen modern devlet* geleneğine ve paradigmasına *karşıt* ve *alternatif* bir yaklaşım ortaya koymaktadır.

Siyaseti veya siyaset bilimini diğer disiplinlerden ayrı ve özerk bir disiplin olarak ele alan Althusius, siyasetin esas amacının insanlar

¹⁵⁰ Althusius, *Politica*, s. 99, 162.

¹⁵¹ “*Vox populi, vox Dei*” (Halkın sesi, Tanrı'nın sesidir). De Benoist, “The First Federalist: Johannes Althusius”, s. 40; Ağaoğulları & Akal & Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 71.

arasındaki toplumsal hayatı kurmak, geliştirmek ve korumak olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede Althusius'un siyaset terminolojisine yapmış olduğu en özgün katkılardan biri, insanın toplumsal bir varlık oluşunu vurgulamak için kullanmış olduğu “*simbiyosis*” kavramıdır. Bu kavram, daha önceki düşünürlerin kullandığı biyolojik bir perspektiften farklı ve öte bir anlamda *hem “bedenin” hem de “ruhun”* ihtiyaçlarının zorunluluğu sonucunda ortaya çıkan “birlikte yaşama” manasında kullanılmaktadır. Althusius'a göre, insanın toplumsallığı özgür bir seçim değil, bir zorunluluktur; dolayısıyla simbiyotik yaşam o denli doğaldır ki insan onsuz kendini gerçekleştiremez. Althusius'un simbiyosis teorisinde Aristoteles'in insanı sosyal/siyasal bir hayvan (*zoon politikon*) şeklinde ele alan görüşünün etkileri net göze çarpmaktadır.

Althusius'un teorisinde toplum, en basitinden en karmaşığa (aileden devlete varacak) doğru bir araya getirilmiş topluluklar ve birbirini takip eden kolektif yapılardan oluşmaktadır. Bu toplulukların her birisinin kendi *amacı, doğası ve buna bağlı olarak iç düzeni ve hukuku* bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak her bir topluluğun kendi *özerk alanı* bulunmaktadır. En basit topluluk olan aile hariç, evrensel topluluk olan devlet dahil bütün diğer topluluklar *toplumsal sözleşmeye* dayanmaktadır. Althusius'un teorisinde sözleşmeyi bireyler değil, bir başka topluluk yapmaktadır. Ancak bireyin kendi başına doğrudan sözleşme yapamadığı ve siyasal yaşama direk erişemediği böyle bir teori, bireyi kendi kuramlarının merkezine yerleştiren modern(ist) toplumsal sözleşme teorilerinden temelden farklılaşmakta ve onlarla çelişmektedir. Toplumsal sözleşme teorisinin temelini bireyleri değil, toplulukları yerleştirmesinden ve bireysel hak ve özgürlükler yerine toplulukların haklarını merkeze almasından, Althusius'un düşünceleri modern öncesi düşüncelerin bir uzantısı şeklinde değerlendirilmiştir. Lakin Althusius'un bireysel hak ve özgürlükleri doğrudan odağına almamış olması, sanıldığı gibi bireysel insan için yıkıcı değildir. Çünkü evrensel topluluk olan devletin egemenliği, diğer toplulukların özgürlükleri ile sınırlandırılmaktadır.

Althusius'un teorisinde evrensel veya bütüncül simbiyotik topluluk şeklinde değerlendirilen devlet, daha alt topluluklar olarak özerklikleri bulunan şehirlerin ve eyaletlerin sözleşmelerine dayanmaktadır. Devletin diğer topluluklardan farkı veya devletin alamet-i farikası, *egemenliktir*. Devlet, ancak egemenliği ile var olabilir; devlet olarak kaldığı sürece egemenliğinden ayrılamaz ve istese bile egemenliğini devredemez. Bu egemenlik, *mutlak bir egemenlik değildir*; diğer toplulukların kendi özerk alanlarındaki egemenliği ortadan

kaldırmamaktadır. Bu anlamda, Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi baştan sona *federatif* bir niteliktedir. Kapsayıcı siyasi topluluk olarak devlet, diğer topluluklarca inşa edilmekte ve federe birimler/bölgelerin organik işbirliği sonucunda var olmaktadır. Devletin yetkisi, diğer toplulukların yetki alanının dışında kalan veya onların kendi yetkilerini devretmesiyle oluşmaktadır. Althusius'un toplumsal sözleşme ve devlet teorisi, birlik ve özerklik ilkelerini birlikte içermekte ve bunları uzlaştırmaktadır.

Althusius'un toplulukların hem özerkliğini koruyan hem de birlikteliğini sağlayan teorisi, çağdaş siyasetin ve anayasa hukukunun giderek önemli bir konusu haline gelen günümüz *toplulukçu teori* açısından değerli bir kaynak sunmaktadır. Egemen modern devlet geleneğinin bireyi tüm alt kimliklerden soyut bir biçimde ele alan yaklaşımı ve devlet ile birey arasında başka bir yapının kabul edilmemesi, toplulukçuluk –özellikle etno-kültürel topluluklar– tarafından eleştirilmektedir. Nitekim bu toplulukların kimliksel taleplerinin yükselişi ve anayasal olarak tanınma taleplerinin artışı, Althusius'un teorisine yönelik ilgiyi de artırmıştır. Althusius'un sadece tarihsel bir düşünür olmadığı, aynı zamanda çağdaş toplumlar için de bir anlam ifade ettiği ve düşüncelerinin günümüz siyasal ve anayasal sorunlarının çözümüne de katkı sağlama potansiyelini taşıdığı belirtilebilir. Bu, orta çağ ile modern çağ köprüsünde bir figür olan Althusius'un düşüncelerinin bir bütün olarak günümüz siyasal ve anayasal teori ve pratiğine aktarımı anlamına gelmemektedir.

Modern devletin temel kavramı olan *egemenlik*, Althusius'un teorisinde de esaslı bir kavram olarak yer almakta ve devlete içkin ve onunla özdeş biçimde değerlendirilmektedir. Devletin yetkisi ve hukuku anlamına gelen egemenlikten daha üstün veya ona eşit herhangi bir erk/güç bulunmamaktadır. Dolayısıyla devlet, egemenlik ile var olmaktadır. Althusius'un egemenlik anlayışından hareketle teorisi, modern çağ düşüncesi ve modern devlet yaklaşımı yönüne doğru bir düşünce biçiminde değerlendirilmiştir. Althusius'un egemenlik yaklaşımı, ilk bakışta modern anlamda kavramsal olarak egemenliğin ilk kullanıcısı olan Bodin'in egemenlik anlayışını anımsatsa da, gerçekte onun yaklaşımıyla karşıt bir noktada durmaktadır. Her ikisinin egemenlik anlayışı, hem egemenliğin sahibi ve kaynağı hem de egemenliğin kullanım biçimi noktasında farklılaşmaktadır.

Egemenliği egemenin (kralın) kişiliği ile özdeş gören Bodin'in aksine, Althusius, egemenliği evrensel topluluğa –bir bütün olarak halka– vermektedir. Yani egemenliğin sahibi, halktır. Lakin Althusius'un *halk*

egemenliği, Rousseau'nun halk egemenliği ile aynı anlama gelmemektedir. Çünkü her ikisinin halk anlayışı farklılık göstermektedir. Egemenliği sınırlanamaz bir güç şeklinde mutlak bir erk olarak değerlendiren Bodin'in tam tersine; Althusius, *egemenliğin mutlak ve sınırsız olmadığını* vurgulamaktadır. Egemenliğe dayanan devlet, yasa oluştururken alt toplulukların sınırlarını serbestçe aşamaz ve özerkliklerini kaldıramaz. Aslında Althusius ile Bodin arasındaki tartışma, hala bitmemiş bir tartışmadır. Gönümüzdeki yansıması ise, merkezi devlet yapısı ile federal devlet yapısının sağlamış olduğu egemenlik yaklaşımında görülmektedir.

Ayrıca Althusius'un teorisinde sözleşme ile egemenliğin kullanım yetkisi verilen yönetici (kral dahil), belirlenen yasaya tabidir ve yasanın belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde kalmak zorundadır. Bu bağlamda Althusius, devletin selameti ve istikrarı için yöneticilerin yetki ve iktidarının sınırlandırılmasını öngörmektedir. Hırsından, tutkusundan veya gaddarlığından sözleşme ile belirlenen sınırları çiğneyerek tirana dönüşen krala veya prence karşı halkın *direnme hakkı* ortaya çıkmaktadır. Althusius'un teorisinde öngörmüş olduğu direnme hakkı, esasen toplumsal sözleşme teorisinin toplulukların temsilcileri ile kral arasında sağlamış olduğu denge ve denetleme sisteminin bir uzantısıdır. Althusius'un toplumsal sözleşme teorisi, egemenlik yaklaşımını ve buna bağlı olarak direnme hakkını belirlemektedir. Bunlar, aynı zamanda başka bir hak olan *ayrılma hakkını* da ortaya çıkarmaktadır. Althusius'un savunduğu ayrılma hakkının modern anlamdaki federal ayrılma hakkına denk düştüğünü ifade etmek mümkündür.

Althusius'un ele aldığı ve tartıştığı birçok konu, günümüzde hala önemini korumaktadır. Ancak yakın bir döneme kadar Althusius'un teorisinin derinlemesine bilinmediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bugün bile emsalleri ile kıyaslandığında Althusius'un siyaset teorisinin yeterli düzeyde incelendiğini ve analiz edildiğini söylemek zor olacaktır. Bu açıdan bugünün bir kısım siyasal ve anayasal sorunlarının çözümüne yönelik teorik ve tarihsel olarak dayanak oluşturması için Althusius'un siyaset teorisinin incelenmesi ve analiz edilmesi gereken birçok boyutu bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- “Althusius, Johannes (1557–1638)”, in Encyclopedia of Philosophy. *Encyclopedia.com*.
(<https://www.encyclopedia.com/humanities/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/althusius-johannes-1557-1638>).
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & AKAL, Cemal Bali & KÖKER, Levent: Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.
- ALTHUSIUS, Johannes: *Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995.
- ARISTOTELES: *Politika*, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1975.
- CARNEY, Frederick S.: “Translator’s Introduction”, in Johannes Althusius, *Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995, ss. ix-xxxii.
- CHISHOLM, Hugh: (ed.) “*Syndic*“, in *Encyclopædia Britannica*, Vol. 26, 11th Edition, Cambridge University Press, 1911. (https://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica/Syndic).
- COŞKUN, Gülçin Balamir: “Althusius ve Yerindenlik İlkesinin Kökenleri”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 37, 2007, ss. 1-16.
- DE BENOİST Alain: “The First Federalist: Johannes Althusius”, *Telos*, Vol. 118, 2000, (Translated by Julia Kostova, Originally published in *Krisis*, Vol. 22, March 1999), ss. 25-58. (https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/alaindebenoist/pdf/the_first_federalist_althusius.pdf).
- ELAZAR, Daniel J.: “Federalism,” *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York: Macmillan, 1968, ss. 356–361.

- ELAZAR, Daniel J.: Exploring Federalism, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.
- ELAZAR, Daniel J.: “Althusius’s Grand Design for a Federal Commonwealth” in Johannes Althusius, *Politica: Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (an abridged and translated version edited and translated from Latin by Frederick S. Carney), Liberty Fund, Indianapolis, 1995, ss. xxxv-xlvi.
- FRIEDRICH, Carl J.: “Introductory Remarks”, in *Politica Methodice Digesta* of Johannes Althusius (Althaus), Ed. Carl J Friedrich, Harvard University Press, 1932.
- GEMALMAZ, H. Burak: “Johannes Althusius’da Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı”, *İÜHFM*, Cilt: LXVIII, Sayı: 1-2, 2010, ss. 43-60.
- GIERKE, Otto von: *The Development of Political Theory*, Translated By Bernard Freyd (First published in 1939 by W.W. Norton & Company Inc.), Reprinted, Routledge, Milton & New York, 2018.
- GÖZE, Ayferi: “On altıncı Yüzyıl Düşünürlerinden Baskıya Karşı Direnme”, *İÜHFM*, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, 1996, ss. 243-277.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2007.
- HUEGLIN Thomas: “Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?”, *Publius*, Autumn, 1979, Vol. 9, No. 4, ss. 9-41
- HUEGLIN, Thomas O.: *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism*, Wilfred Laurier University Press, Waterloo, Ontario 1999.
- LOCKE, John: *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebaül Yayınları, Ankara, 2012.
- MALAN, Koos: “The Foundational Tenets of Johannes Althusius’ Constitutionalism”, *PER / PELJ*, Vol. 20, 2017, ss. 1-31. (<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a1344>).
- MALAN, Koos: “Johannes Althusius’ Grand Federalism, the Role of the Ephors and Post-Statist Constitutionalism”, *PER / PELJ*, Vol. 20,

Salim ORHAN

No. 1, 2017, ss. 1-34. (<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a1350>).

OKANDAN, Recai G.: Umumi Amme Hukuku, İkinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.

OVEREEM, Patrick: “Johannes Althusius on Public Administration”, *Administrative Theory & Praxis*, Vol. 36, Issue: 1, 2014, ss. 31-50.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

SKILLEN, James W.: “The Political Theory of Johannes Althusius”, *Philosophia Reformata*, Vol. 39, No. 3/4, 1974, ss. 170-190.

WOLDRING, Henk E.S.: “The Constitutional State in the Political Philosophy of Johannes Althusius”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 5, Issue 2, 1998, ss. 123-132.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN CEMAL KAŞIKÇI CİNAYETİ

Sadullah ÖZEL*

ÖZ

“Cemal Kaşıkçı cinayeti, doğu ve batı ayrımı olmaksızın uluslararası kamuoyunun tamamını derinden etkilemiş bir vakiadır. Bu olay tüm hukuksal, siyasal ve ideolojik yönleriyle aydınlatılmadığı gibi suçun uluslararası yargılama diyalektiği içerisinde şeffaf bir şekilde tartışılması dahi sağlanamamıştır. Uluslararası hukuk, insani güvenlik ve insan haklarının sağlanmasının temel hedef olduğu bir dünya düzeninde, diplomatik misyon binasında işlenen vahşi bir cinayetin cezasız kalması her şeyden önce bu düzenin kökten sarsılması sonucuna yol açabilecektir. Suudi Arabistan’ın teokratik bir rejime sahip olması, uluslararası hukukun meşru şekilde uygulanmasını engelleyen bir sonuç doğurmamalıdır. Birleşmiş Milletler düzeni ve uluslararası toplum insani güvenlik temeli üzerine kuruludur. Kişilerin suçlandıkları bir olay karşısında dahi yaşam hakkı, işkence görmeme ve adil yargılanma hakları teminat altındadır. Bu şekilde bir isnat olmaksızın diplomatik dokunulmazlık zırhı kullanılarak yapılan yargısız infaz niteliğindeki saldırılar karşısında ulusal ve uluslararası makamlarca etkin çaba sarf edilmelidir. Siyasi ve diplomatik

* Dr. Öğr. Üyesi, Batman Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, E-Mail: sadullahozel@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4053-873X.

Makalenin Gönderim Tarihi : 17.03.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 15.06.2022.

cinayetlerin cezasız bırakılması halinde, en çok hukuk güvenliği ve devletlerin temeli olan uluslararası hukukun meşruiyeti zarar görecektir. Hiçbir siyasal yarar, hukukun üstünlüğünü yıpratmak bir eyleme haklılık kazandırmaz. Kaşıkçı cinayetinin de tüm yönleriyle aydınlatılması ve tüm faillerinin cezalandırılması yönündeki makul ve meşru talebin karşılanması uluslararası hukuk açısından da mutlak bir gerekliliktir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, Cemal Kaşıkçı cinayeti, konsolosluk hukuku, diplomatik misyon, diplomatik kriz.

THE MURDER OF JAMAL KHASHOGGI IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

The murder of Jamal Khashoggi is a case that has deeply affected the entire international public opinion, regardless of east and west. This event could not be clarified with all its legal, political and theological aspects, and it could not even be discussed in a transparent manner within the dialectic of international judgment. In a world order where international law, human security and human rights are the main targets, impunity for a brutal murder committed in the diplomatic mission building may lead to the root cause of this order before anything else. The fact that Saudi Arabia has a theocratic regime should not result in an impediment to the legitimate application of international law. The United Nations order and the international community are built on the foundation of human security. Even in the face of an event that people are accused of, their right to life, not to be tortured and to a fair trial are guaranteed. Effective efforts should be made by national and international authorities in the face of extrajudicial execution attacks carried out by using diplomatic immunity armor without such an accusation. If political and diplomatic murders are left unpunished, legal security and the legitimacy of international law, which is the foundation of states, will suffer the most. No political benefit justifies an action that would undermine the rule of law. It is also an absolute requirement from the point of view of international law to clarify all aspects of the murder of Khashoggi and to satisfy a reasonable and legitimate request to punish all his perpetrators.

Keywords: International law, murder of Jamal Khashoggi, consular law, diplomatic mission, diplomatic crisis.

I. GİRİŞ

Suudi Arabistan vatandaşı, gazeteci Cemal Kaşıkçı'nın¹ 2 Ekim 2018 tarihinde Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu'nda katledilmesi uluslararası kamuoyunda infiale yol açmıştır. Cinayetin bir konsolosluk binasında gerçekleştirilmesi, failerin devlet görevlisi olmaları, bazı failerin diplomatik dokunulmazlıklarının bulunması, katledilen kişinin muhalif bir gazeteci olması, cinayetin işleniş tarzı, cesedin ortaya çıkarılmaması gibi unsurlar bu menfur olayı sıradan bir cinayetin ötesine taşımıştır.

Kaşıkçı cinayeti, ceza hukukunu ilgilendiren suç boyutunun ötesinde, uluslararası ilişkiler, uluslararası hukuk ve insan hakları açısından da önem arz eden istisnai bir vakıadır. Ulusal ve uluslararası güvenliğin sağlanması için oluşturulan kurumların insani güvenliği sağlamada başarısız kaldığı bu vakıa, çalışmada çeşitli açılardan incelenmiştir. Ulusal ve uluslararası kamu düzeninin korunmasında, kurumlararası ilişkilerin uyumu kadar, insan yaşamının korunmasının da odağa alınması gereklidir.

Çalışmada öncelikle Kaşıkçı'nın planlı ve organize şekilde öldürülmesi olayının gelişim süreci incelenmiş; ikinci bölümde, BM İnsan Hakları Konseyi tarafından sözkonusu cinayeti araştırmakla görevlendirilen BM Özel Rapörtörü Agnes Callamard'ın hazırladığı rapor irdelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, Kaşıkçı cinayeti başta Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (KİVS) ve insan hakları hukuku bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsamda, cinayetin yol açtığı uluslararası

¹ Cemal Kaşıkçı 13 Ekim 1958 doğumlu olup Suudi Arabistan'ın Medine şehrinde dünyaya gelmiştir. ABD'de bulunan Indiana State Üniversitesi'nden mezun olduktan sonra, doğum yeri olan Suudi Arabistan'a dönerek gazeteciliğe başlamıştır. Köken olarak Türk soyundan geldiği ve ailesinin önceden Medine'ye yerleştiği bilinmektedir. 2017'den itibaren ABD'de yaşamaya başlamış ve bu tarihten itibaren Washington Post gazetesine köşe yazıları yazmıştır. Türk vatandaşı olan nişanlısı Hatice Cengiz'le evliliği için gerekli yasal işlemleri yapmak üzere 2 Ekim 2018 tarihinde gittiği İstanbul'daki Suudi Arabistan Başkonsolosluğu'nda öldürülmüştür. Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45776351>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

hukuk ihlalleri ve olayın uluslararası kamusal sistem üzerinde bıraktığı etkiler değerlendirilmiştir. Ayrıca, son bölümde sözkonusu suçun muhakemesine dair uluslararası yargı organları ve ulusal yargı makamları arasındaki yetki çatışması da incelenmiştir.

II. KONSOLOSLUK BİNASINDA GERÇEKLEŞEN KAŞIKÇI CİNAYETİ

Suudi rejimine muhalif bir gazeteci² olan ve bu sebeple 2017 yılında ABD'ye gönüllü sürgüne giden Cemal Kaşıkçı, Türk vatandaşı nişanlısı Hatice Cengiz'le evlenebilmek için bekar olduğuna ilişkin bir belge almak amacıyla Suudi Arabistan'ın Washington'daki Büyükelçiliği'ne müracaat etmiş, ancak kendisine bu belgeyi Türkiye'deki Suudi diplomatik misyonlarından alabileceği belirtilerek, buraya yönlendirilmiştir.³

Kaşıkçı, 28 Eylül 2018 tarihinde Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu'na randevusuz olarak gitmiş ve bekar olduğuna ilişkin belge talebinde bulunmuştur.⁴ Konsolosluk yetkilileri, belgenin en kısa sürede hazırlanacağını, belge hazır olduğunda kendisine haber verileceğini ifade etmişlerdir. Kaşıkçı'nın bu ziyaretinde konsolosluk yetkilileri kendisine oldukça nazik davranmış ve Kaşıkçı herhangi bir olumsuz durumdan şüphelenmemiştir. Kaşıkçı'nın bir diplomatik misyonda kendisine zarar verilemeyeceğini düşünerek Suudi Arabistan'ın

² Washington Post gazetesinde köşe yazarlığı yapan Kaşıkçı, Suudi rejimini ve politikalarını, özellikle de Veliiaht Prens Muhammed Bin Selman'ın muhaliflere yönelik keyfi tutuklama, işkence gibi hukuk dışı eylemlerini eleştiriyordu.

³ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 15.

⁴ Kaşıkçı, İstanbul Başkonsolosluğu'na girdiğinde nişanlısı Hatice Cengiz onu dışarıda beklemiştir. Bkz. Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, 33-34.

İstanbul Başkonsolosluğu'na gitmekte bir sakınca görmediği anlaşılmaktadır.⁵

Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu yetkilileri bu süreçte Suudi makamlarıyla temasa geçmiş ve Kaşıkçı'nın konsolosluğa müracaat ettiğini bildirmişlerdir. Velihaht Prens Muhammed Bin Selman'a bağlı bir istihbarat ekibi Kaşıkçı'yı Suudi Arabistan'a geri götürmek, bu mümkün olmadığı takdirde ortadan kaldırmak göreviyle hazırlık yapmaya başlamıştır.⁶

2 Ekim 2018 günü Kaşıkçı'yı arayan Başkonsolosluk yetkilileri, istediği evrakın hazır olduğunu ve gelip alabileceğini bildirmişlerdir. Kaşıkçı, nişanlısı Hatice Cengiz'le Başkonsolosluk binasına gitmiştir. Kaşıkçı, içeri tek başına alınmış ve nişanlısı kendisini dışarıda beklemiştir. Kaşıkçı, içeri girerken cep telefonlarını nişanlısına teslim etmiştir.⁷

Kaşıkçı'nın uzun süre geçmesine rağmen Başkonsolosluk binasından çıkmaması üzerine endişelenen nişanlısı Hatice Cengiz, Kaşıkçı'nın yakın arkadaşı ve Ak Parti Genel Başkan Danışmanı olan Yasin Aktay'a ve emniyet güçlerine durum hakkında bilgi vermiştir.⁸

Kaşıkçı'nın kayıp olduğunun öğrenilmesi üzerine Türk ve yabancı medya organları canlı yayınlarla durumu takip etmeye başlamışlardır. Suudi Başkonsolosluk yetkilileri Kaşıkçı'nın işlemlerini tamamladıktan sonra Konsolosluk'tan ayrıldığını, akıbetinin ortaya çıkarılması için Türk makamlarıyla temas halinde olduklarını açıklamışlardır.⁹ Türk makamları, Kaşıkçı'nın Konsolosluk binasından çıktığına ilişkin bir görüntü olmadığını, hala bina içerisinde tutulduğunun değerlendirildiğini, konsolosluk binası içinde arama yapabilmek için Suudi makamlarının iznine ihtiyaç duyulduğunu açıklamışlardır.¹⁰

Başkonsolosluk binasında cinayeti işlediği belirlenen 15 kişilik ekip¹¹ iki ayrı özel uçakla 2 Ekim günü İstanbul'a gelmiş ve 24 saatten

⁵ İbid, s. 33-34.

⁶ İbid, s. 27-28.

⁷ İbid, s. 35-36.

⁸ İbid, s. 190.

⁹ İbid, s. 134.

¹⁰ İbid, s. 134-135.

¹¹ Suudi suikast ekibinde yer alanların isimleri için bkz. ibid, s. 43-45.

daha kısa bir süre içerisinde İstanbul'u terk etmiştir.¹² Gelen ekip içerisinde istihbaratçıların, adli tıp uzmanının ve Cemal Kaşıkçı'ya benzeyen bir dublörün yer alması cinayetin planlı ve organize olduğunu ortaya koymaktadır.¹³

7 Ekim 2018 tarihinde gazeteci Turan Kışlakçı, Kaşıkçı'nın öldürülerek parçalara ayrıldığı yönünde bilgiler geldiğini iddia etmiştir.¹⁴ Suudi makamları, cinayet delillerini karartmak üzere İstanbul Başkonsolosluğu'na 11 Ekim 2018 tarihinde uzman kimyager ve toksikolog göndermiştir. Bu uzmanlar hem konsolosluk binasında hem ikametgahta kriminal anlamda delil oluşturabilecek kanıtları yok etmişlerdir.¹⁵

Uluslararası baskıların artması üzerine Suudi makamları, Türk emniyet güçlerinin Başkonsolosluk binası ve ikametgahında arama yapmalarına izin vermek zorunda kalmıştır. Türk emniyet makamları 15 ve 16 Ekim 2018 tarihlerinde Başkonsolosluk binasında, 17 Ekim 2018 tarihinde ise Başkonsolosluk ikametgahında kriminal inceleme yapmıştır.¹⁶ Dört aşamalı bir kimyasal temizlik gerçekleştirildiği için Türk emniyet güçleri konsolosluk ve ikametgâh binalarında yaptıkları incelemelerde maktulün DNA'sına rastlayamamıştır.¹⁷ Bu süreçte, İstanbul Başkonsolosu Muhammed el-Uteybi 16 Ekim 2018'de ülkesine geri dönmüştür.¹⁸

Suudi makamları, Başkonsolosluk içinde yaşanan bir arbede sonrasında Kaşıkçı'nın öldüğünü cinayetin işlenmesinden 18 gün sonra 20 Ekim 2018 tarihinde itiraf etmiş, ancak cesedin nerede olduğunu bilinmediğini açıklamışlardır.¹⁹ Suudi Arabistan, Cemal Kaşıkçı'nın

¹² İbid, s. 24-26.

¹³ İbid, s. 165-169 ve 314-316.

¹⁴ Turan Kışlakçı: "Bize ulaşan bilgi öldürüldüğü yönünde", www.hurriyet.com.tr, Erişim tarihi: 01.10.2019.

¹⁵ Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, s. 85.

¹⁶ İbid, s. 85.

¹⁷ İbid, s. 84, 192-194.

¹⁸ İbid, s. 85.

¹⁹ İbid, s. 136-138. Türk emniyet güçleri, Cemal Kaşıkçı'ya ait parçalanmış cesedin Başkonsolosluk ikametgahındaki 21 metre derinlikteki su

ölümünde iştiraki olan herkesten hesap sorulacağını ve bu kişilerin adalete teslim edileceklerini açıklamıştır.²⁰

Tehdit altında olduğu bilinen rejim muhalifi,²¹ barışçıl bir gazetecinin bir diplomatik misyon binası içerisinde katledilmesi tüm dünyada geniş yankı bulmuş ve kınanmıştır. Suudi makamlarının cinayetteki açık sorumluluğunun yanı sıra Kaşıkçı'nın yaşama hakkının korunamaması nedeniyle başka devletlere de ciddi eleştiriler yöneltilmiştir.²² Konuya ilişkin BM İnsan Hakları Konseyi aracılığıyla bir de rapor tesis edilmiştir.

III. BM İNSAN HAKLARI KONSEYİ, HUKUK DIŞI, TOPLU VE KEYFİ İNFAZLARI İNCELEME ÖZEL RAPORTÖRÜ TARAFINDAN KAŞIKÇI CİNAYETİ HAKKINDA HAZIRLANAN RAPOR

BM İnsan Hakları Konseyi tarafından görevlendirilen BM Özel Rapörtörü Agnes Callamard, Kaşıkçı olayına yönelik araştırma raporunu

kuyusunda olduğunu tahmin etmektedir. Kuyudaki suyun boşaltılmasına Suudi makamları izin vermemiştir. Bkz. İbid, s. 89-90.

²⁰ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45776351>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

²¹ Suudi yönetimini destekleyen trol hesaplar twitter ve diğer sosyal medya hesapları üzerinden Kaşıkçı'ya hakaretler ediyorlardı. Kaşıkçı aleyhinde "Sen Suud değilsin, sen Türksün. Sen hainsin" şeklindeki paylaşımlar dikkat çekmektedir. Bkz. Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, s. 279.

²² Bazı yorumcular, CIA'nin Kaşıkçı'ya yönelik suikast planı hakkında önceden bilgi sahibi olduğunu, ancak Suudi yetkilileri köşeye sıkıştırmak için ses çıkarmadığını ve Kaşıkçı'yı uyarmadığını iddia etmektedir. Bkz. Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, s. 155 ve 205.

Öte yandan İngiliz istihbaratının, Kaşıkçı'nın kaçırılmasının planlandığını öğrendiği ve bunu yapmamaları konusunda Suudi makamları uyardığı yönünde iddialar da mevcuttur. Bkz. Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, s. 249.

19 Haziran 2019 tarihinde İnsan Hakları Konseyi'nin 41. oturumunda sunmuştur. Raporun hazırlanması sürecinde BM Özel Rapörtörü Agnes Callamard başkanlığındaki bir heyet 28 Ocak-3 Şubat 2019 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaret etmiştir. Heyette, Barones Helena Kennedy, Duarte Nuno Vieira da yer almıştır.²³ Suudi makamları, soruşturma kapsamında Callamard'ın İstanbul Başkonsolosluğu'na giriş talebini reddetmiş, ayrıca ülkeyi ziyaret talebini geri çevirmiş ve işbirliği yapmayı reddetmiştir.²⁴

A. Rapordaki Tespitler

Callamard, raporunda Kaşıkçı'nın öldürülmesinden Suudi Arabistan devletinin sorumlu olduğunu;²⁵ cinayetten, Veliht Prens de dahil olmak üzere üst düzeyde görevli bazı Suudi yöneticilerin sorumlu olduğuna yönelik yeterli düzeyde inandırıcı delil bulunduğunu;²⁶ Kaşıkçı'nın öldürülmesi olayıyla Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi ve BM Şartı'nın ihlal edildiğini, ayrıca ifade özgürlüğü ve işkence yasağının da ihlal edildiğini; Türk ve Suudi makamlarının yürüttüğü soruşturmanın kanun dışı ölümlerin soruşturulmasına ilişkin uluslararası standartları karşılamak konusunda yetersiz olduğunu; Türk makamlarının krizi derinleştirmemek ve olası mütekabiliyet uygulamalarını bertaraf etmek için KİVS kuralları dışına çıkmamayı tercih ettiğini ve bunun anlaşılabilir olduğunu; Kaşıkçı'nın hayatının risk altında olduğuna ilişkin ABD'nin veya Türkiye'nin önceden bilgi sahibi olduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığını; olaya ilişkin delillerin önemli bölümünün istihbari nitelikte olduğunu, bu yüzden doğruluklarının tam olarak teyid edilmelerinin güçlük arzettiğini; Suudi Arabistan'da 11 kişi hakkında yürütülen yargılamaların uluslararası

²³ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E>, Erişim tarihi: 06.10.2019.

²⁴ <https://www.aa.com.tr/en/jamal-khashoggi/khashoggi-killing-was-an-international-crime/1511136>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

²⁵ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 4.

²⁶ İbid, s. 4.

standartlardan uzak olduğunu, şeffaf olmadığını, yargılananların kimlik bilgilerinin paylaşılmadığını²⁷ belirtmektedir.

B. Rapordaki Eleştiriler

Callamard, raporunda Suudi makamlarının hala Kaşıkçı'nın cesedinin yerini ve akıbetini açıklamamasını; olay yerinde delillerin yok edilmesine yönelik bir temizlik çalışması yapılması nedeniyle Suudi makamlarının iyi niyetle hareket etmemesini; diğer devletlerin ve BM'nin konuya yeterli derecede dahil olmamasını; STK'ların, bazı akademisyenlerin ve devletlerin çağrılarına rağmen Kaşıkçı'nın öldürülmesi olayıyla ilgili uluslararası bir araştırma komisyonu kurulmamasını²⁸ eleştirmektedir.

C. Rapordaki Öneriler

Agnes Callamard, raporunun öneriler bölümünde Suudi Veliiaht Prens Muhammed Bin Salman ve diğer sorumlular hakkında yaptırım uygulanması çağrısında bulunmakta²⁹ ve sorumluların yargılanabilmesi için BM tarafından bir ad hoc mahkeme kurulmasını önermektedir.³⁰

IV. ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA KAŞIKÇI CİNAYETİ

Kaşıkçı cinayetinin, uluslararası hukuk normlarının ihlali (Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi hükümleri ve İnsan Hakları hukuku) ve yargılama yetkisi yönünden (Uluslararası Ceza

²⁷ İbid, s. 5,6.

²⁸ İbid, s. 5-8.

²⁹ <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2019/06/19/u-n-report-firmly-blames-saudi-arabia-for-the-murder-of-jamal-khashoggi/>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

³⁰ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 96.

Mahkemesi, ad hoc mahkeme, Türk mahkemeleri veya Suudi mahkemeleri) incelenmesi önem arz etmektedir.

A. Uluslararası Hukuk Normlarının İhlali Yönüyle Kaşıkçı Cinayeti

Diplomasi, bir devletin veya uluslararası hukuk sujesinin dış politikasına ilişkin spesifik eylemler ve yöntemler bütünü olarak tanımlanmaktadır.³¹ Diplomatik dokunulmazlıklar, ilgililerine devletlerarası ilişkilerin uluslararası hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlayan ayrıcalıklar sağlarlar. Bu ayrıcalıklar elçilik ve konsolosluk binalarının dokunulmazlığının yanısıra diplomatik misyonlardaki arşivlerin de gizliliğini içerir.³²

Uluslararası hukuk açısından diplomatik dokunulmazlıklar, taraf ve ilgili devletlere insan onuru ve yaşamına yönelik saldırılardan bağışıklık sağlamaz. Bu çerçevede KİVS konuyu temellendiren çeşitli normlar içermektedir.

1. KİVS Yönüyle Kaşıkçı Cinayeti

Uluslararası hukukta diplomasi ve konsolosluk ilişkilerini düzenleyen iki temel uluslararası sözleşme mevcuttur. 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, diplomatların dokunulmazlık ve ayrıcalıklarını ele almakta, diplomatik misyonların kurulmasına ve bunların işleyişlerine ilişkin esasları düzenlemektedir. Bir diğer uluslararası sözleşme ise 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme, münhasıran konsoloslukların kurulmasını ve işleyişlerini düzenlemekte, ayrıca konsolosluk personeli ve binalarının dokunulmazlıklarını ele almaktadır.³³

³¹ REÇBER, Kamran, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa, 2011, s. 3-4.

³² İbid s.50,51,114.

³³ Türkiye, 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ile 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne taraftır.

Diplomatik misyonlar ile konsolosluk misyonlarının işlevleri arasında bazı farklar bulunmaktadır. Konsolosluklar daha çok ticari ve medeni hukuka ilişkin bazı işlemleri yerine getirmekte görevlidir. Bu çerçevede kendilerine tanınan ayrıcalıklar diplomatik misyonlara göre daha sınırlıdır. Konsoloslar kural olarak diplomasi temsilcisi olarak nitelenmezler ve diplomatik bağışıklıklardan sınırsız şekilde yararlanmazlar. Yargısal bağışıklıkları ise ancak görevlerine ilişkin eylemleriyle sınırlıdır. Diplomatik dokunulmazlık, suç işlemek için tanınan bir hak değildir. KİVS, konsolosluk binasına izinsiz girilemeyeceğini ve binaların izinsiz aranamayacağını öngörmektedir. Ayrıca konsolosluk personelinin, sadece görevleriyle ilgili konularda cezai dokunulmazlıktan yararlanabilmesi öngörülmüştür.³⁴

Kaşıkçı cinayeti, devlet egemenliği ve uluslararası hukuka dair yeni sorun alanlarının doğmasına yol açmıştır. Cinayet, diplomatik misyonların barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesini zedelemiştir. Ayrıca Türkiye'nin egemenliğine ve kamu güvenliğine tehdit oluşturmuştur.

1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesi konsolosluk binaları için dokunulmazlık öngörmektedir. İlgili misyon şefinin rızası olmadan kabul eden devlet makamları konsolosluk binasına giremezler.³⁵ Fakat, acil koruma tedbirleri alınması gereken yangın ve benzeri afet durumlarında giriş muvafakatinin zımnen verildiği kabul edilmektedir.³⁶

Konsolosluk dokunulmazlık ve ayrıcalıkları beş temel kategoride sınıflandırılmaktadır;

- Bina ve arşiv dokunulmazlığı
- Haberleşme serbestliği
- Gümrük ayrıcalığı
- Diğer ayrıcalık ve dokunulmazlıkları³⁷

³⁴ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E>, Erişim tarihi: 06.10.2019.

³⁵ CAŞIN, Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, İstanbul 2019, s.623,624.

³⁶ KİVS Madde 31 - Konsolosluk binalarının dokunulmazlığı.

³⁷ İbid s.114-120.

Türk emniyet makamları, yukarıda sayılan konsolosluk dokunulmazlık ve ayrıcalıkları nedeniyle olay mahallinde doğrudan ve resen arama, elkoyma, delil tespiti yapma ve dokunulmaz alana müdahale etme olanağı bulamamıştır. Kaşıkçı cinayetiyle ilgili olay yeri incelemesi yapabilmek için uzun süre Suudi makamlarının onay vermesini beklemiştir. Suudi makamları, uluslararası toplumun baskısı neticesinde Başkonsolosluk binasının aranmasına sonrasında rıza göstermişlerdir.³⁸ Türk emniyet makamları, sözleşmenin istisnai maddesini geniş yorumlayıp cebren konsolosluga girmiş olsaydı, Suudi makamları da müteakiliyet gereği Suudi Arabistan'daki Türk diplomatik misyonlarını taciz edebilirdi. Bu sebeple, Türk makamlarının böyle bir müdahaleden kaçındıkları anlaşılmaktadır.³⁹

KİVS'in 35. maddesi konsoloslukların haberleşme serbestliğini düzenlemektedir. Buna göre, Konsoloslugin resmi haberleşmesine dokunulamaz, "Resmi haberleşme" deyiminden, konsoloslukla ve konsolosluk görevleriyle ilgili tüm haberleşme anlaşılmaktadır.⁴⁰ Türk istihbarat servisi, Suudi Başkonsoloslugu'nun cinayet planlamasına ilişkin yazışmalarını tespit etmiş, ayrıca buna ilişkin ses kayıtlarını da kaydetmiştir.⁴¹ Bu yazışmaların ve kayıtların, konsoloslugin görevleriyle ilgili olamayacağı açıktır, ancak yine de bu durum yasal olmayan yollarla elde edilen delillerin geçerliliği sorunsalını beraberinde getirmektedir.⁴²

Suudi Arabistan devleti, konsolosluk binasında işlenen cinayetin kanıtlarına ulaşılmasını engellemek amacıyla gecikmeli olarak Konsolosluk binasına giriş izni vererek KİVS'in 31. maddesini açıkça ihlal etmiştir.

KİVS'in 41. Maddesi uyarınca konsolosluk görevlilerinin ağır cezayı gerektiren bir suç işlemesi durumunda yetkili adli makamların kararıyla haklarında gözaltı ve tutuklanma işlemleri yapılması

³⁸ <https://www.thelawyerportal.com/blog/what-does-jamal-khashoggi-murder-mean-for-international-law/>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

³⁹ <https://www.thelawyerportal.com/blog/what-does-jamal-khashoggi-murder-mean-for-international-law/> *İbid*, Erişim tarihi: 08.10.2019.

⁴⁰ KİVS Madde 35 - Haberleşme serbestliği .

⁴¹ İstihbarat servislerinin pratikte yaygın şekilde ülkelerindeki yabancı diplomatik misyonları dinledikleri bilinmektedir.

⁴² <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E> , Erişim tarihi: 06.10.2019.

mümkündür.⁴³ Ancak bu maddeye göre adli işlem yapılabilmesi için konsolosluk çalışanlarını suçlamaya imkan tanıyacak somut delillere erişilmiş olması gerekmektedir. Bir insanın kaçırılması veya öldürülmesi resmi görevin yerine getirilmesi olarak kabul edilemeyeceği için Suudi şüphelilerin dokunulmazlıktan yararlanamayacağı açıktır.

Türk makamlarının bu maddeye dayanarak, Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu'ndaki yetkilileri tutuklaması mümkün olduğu halde iki devlet arasında siyasi bir kriz yaşanmaması için bundan imtina ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Başkonsolos Muhammed el-Uteybi olayla ilgili Türkiye içerisinde sorgulanmamış, tutuklanmamış (ve 16 Ekim 2018 tarihinde Türkiye'den ayrılmasına izin verilmiştir. Bu hususlar, BM İnsan Hakları Konseyi Özel raportörü Agnes Callamard tarafından da eleştirilmiştir.⁴⁴ Cinayet kamu görevlileri ve diplomatik dokunulmazlığı olan kişilerin katılımıyla işlendiği için KİVS'in 41. maddesi Suudi makamlarınca ihlal edilmiştir.⁴⁵

KİVS'in 55. maddesi kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine saygıyı konu almaktadır.⁴⁶ Buna göre konsolosluk faaliyetleri yürütülürken ilgili devletin kamu güvenliği ve kanunları ihlal edilmemelidir.⁴⁷ Oysa Suudi yetkililer, Türkiye Cumhuriyeti

⁴³ KİVS Madde 41 Konsolosluk memurlarının kişisel dokunulmazlığı.

⁴⁴ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 63.

⁴⁵ İbid, s. 45.

⁴⁶ KİVS Madde 55 - Kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine saygı.

⁴⁷ Uluslararası hukukun ihlali bağlamında Kaşıkçı cinayeti, İngiltere'de Mart 2018'de Sergei Skripal ve kızı Yulia Skripal'in, sadece Rus istihbaratının elinde olduğu tahmin edilen bir kimyasal maddeyle zehirlenmeleri olayıyla benzerlikler taşımaktadır. Skripal'ler her ne kadar iyileşmişlerse de kazaen bu maddeyle temas eden bir İngiliz vatandaşı hayatını kaybetmiştir. İngiliz makamları, İngiltere'nin egemenlik hakkının ve kimyasal silahların kullanımının yasaklanması kuralının ihlali nedeniyle Rusya'yı kınamışlardır. Bkz. Marko Milanovic, "[The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life](https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life/)", <https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life-part-i-introduction/>, Erişim tarihi: 15.10.2019.

topraklarında bir infaz gerçekleştirerek KİVS'in 55. maddesini açıkça ihlal etmişlerdir.

2. İnsan Hakları Hukuku İhlalleri Yönüyle Kaşıkçı Cinayeti

İnsan haklarının tarihsel gelişim sürecinde, insani, ahlaki ve hukuki değerler bütünü olarak şekillenen özgürlüklerin tüm insanlık ailesinin birikimi ve ortak tecrübesinin sonucunda elde edildiği kabul edilmektedir.⁴⁸ Seçme ve seçilme hakkı gibi siyasal hak kategorileri sadece vatandaşlar açısından güvence sağlarken, yaşama hakkı, işkence edilmeme hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi kategoriler tüm insanlara ayrımsız şekilde herkese tanınması gereken güvencelerdir.⁴⁹

Kaşıkçı cinayeti yönünden yaşama hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği bir vakıa söz konusudur.

AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17/1'deki yaşama hakkını güvence altına alan cümlelerde “herkes” kavramı kullanılmıştır. İnsan hakları metinlerinde “herkes” kavramı kullanıldığından yaşama hakkının sağlamış olduğu teminattan vatandaş olmayanların da yararlanacağı belirlenmesi yapılabilir. Yaşama hakkının devletlere negatif ve pozitif yükümlülükler yüklediği kabul edilmektedir.⁵⁰

Yaşama hakkını ihlal etmeme yönündeki negatif yükümlülüğün yanısıra kamu gücüne yönelik yaşama hakkına yönelik saldırıları önleme direktifi de verilmektedir. Bu direktifin muhatabı somut olayın koşullarına bağlı olarak bir veya birden fazla devlet olabilecektir.⁵¹ Kaldı ki, insan hakları bir uygulama rejimi olduğu kadar bir “evrensel kültür”⁵²

⁴⁸ AKYEŞİLMEN, Nezir, İnsan Hakları, Hukuku, Siyaseti ve Felsefesi, Orion Yay, Ankara 2021, s. 112.

⁴⁹ GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 155, 156.

⁵⁰ SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜSBF Yayınları Ankara 1980, s. 81, 82.

⁵¹ ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, Yaşama Hakkı, TBB Dergisi, 2012, 103, s. 144, 145, 146.

⁵² İbid, s. 293.

ve “ortak standart” oluşturma iddiasındadır.⁵³ Bazı siyasal rejimlere tanınan istisnalar bu evrensel kültürü de zedeleyecektir. Diplomasiye bütüncül yaklaşım geliştirildiğinde, elçilik ve konsoloslukların bizi bu standartları koruma ödevi bulunmaktadır.⁵⁴

BM’ye üye olan ve Arap İnsan Hakları Şartı’nı (Arab Charter on Human Rights) kabul eden Suudi Arabistan hem iç hukuku hem uluslararası hukuk bakımından insan haklarına saygı göstermekle yükümlüdür. 22 Mayıs 2004 tarihinde Arap Ligi tarafından kabul edilen Arap İnsan Hakları Şartı’nın 5. maddesine göre, her insan yaşama hakkının korunması ve keyfi olarak bundan mahrum bırakılmama hakkına sahiptir.⁵⁵

Suudi kamu görevlilerince öldürülen Kaşıkçı’nın yaşama hakkı ihlal edilmiştir. Suud rejimine muhalefeti yüzünden hedef alınan bir gazeteci olan Kaşıkçı’nın diplomatik misyon binasında katledilmesinin, basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve din ve vicdan özgürlüğü kapsamındaki temel hakların da açık ihlali mahiyetinde olduğu tespiti yapılmalıdır. Ayrıca Kaşıkçı’nın işkenceyle öldürülmüş olması ve cesedinin kayıp olması insancıl hukukun da açıkça ihlali mahiyetindedir.

İdam cezasını kabul eden Suudi rejimi mahkemelerinde, Kaşıkçı cinayeti sanıklarının adil yargılanma haklarının da sağlanamayacağı belirtilmelidir. Ayrıca Suudi rejimi tarafından bazı gerçek failerin dokunulmazlık zırhı altına alınabileceği yönünde makul kanıtlar bulunduğu yukarıda izah edilmiştir.

⁵³ Donnelly, J., Cultural Relativism and Universal Human Rights, Human Rights Quarterly, Vol.6, No.4 1984, s. 400-402.

⁵⁴ TUNCER, Hüner, Küresel Diplomasi, Ümit Yayıncılık Ankara 2006, s. 83.

⁵⁵ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 38; www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html, Erişim tarihi: 14.10.2019; www.humanrights.ch/en/standards/other-regions-instruments/arab-charter-on-human-rights/, Erişim tarihi: 14.10.2019.

B. Yargılama Yetkisi Yönüyle Kaşıkçı Cinayeti

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Ad Hoc Mahkeme Yoluyla Yargılama

BM, hukuk dışı, keyfi ve toplu infazların önlenmesi amacıyla “Hukuk dışı, Keyfi ve Toplu İnfazların Etkin Şekilde Soruşturulması ve Önlenmesine İlişkin İlkeleri (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions)⁵⁶ 1989 yılında kabul etmiştir. Bu ilkeleri tamamlamak üzere 1991 yılında “Hukuk dışı, Keyfi ve Toplu İnfazların Etkin Şekilde Soruşturulması ve Önlenmesine İlişkin El Kitabı (Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions)⁵⁷ kabul edilmiştir. BM, sözkonusu el kitabındaki ilkeleri teyit etmek ve genişletmek amacıyla 2016 yılında Potansiyel Hukuk Dışı Ölümlerin Araştırılmasına İlişkin Minnesota Protokolü’nü (Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death) yayınlamıştır.⁵⁸

İnsan hakları hukuku ve yukarıda aktarılan uluslararası hukuk ilkeleri dikkate alındığında Kaşıkçı cinayetiyle bağlantılı olarak faillerin bireysel sorumluluğu, Suudi Arabistan’ın ise devlet sorumluluğu bulunduğu açıktır.⁵⁹ Nitekim Suudi makamları, cinayetin Başkonsolosluk içinde yaşanan bir arbede sonucunda meydana geldiğini 20 Ekim 2018 tarihinde itiraf etmişlerdir.

Prens Salman, cinayeti işleyenlerin kamu görevlisi olması nedeniyle sorumluluğu üzerine aldığı, ancak cinayet talimatının kendisi

⁵⁶ U.N. Doc. E/RES/1989/65 (May 24, 1989).

⁵⁷ U.N. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

⁵⁸ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 56 ve <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E> , Erişim tarihi: 06.10.2019.

⁵⁹ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 47.

tarafından verilmediğini iddia etmiştir.⁶⁰ Olayda her ne kadar Prens Muhammed Bin Selman'ın ismi ön plana çıksa da Kral Selman'ın da bu cinayetin işlenmesi konusunda etkili olduğu kanısı yaygındır.⁶¹ Mevcut veriler ışığında Suudi üst düzey yetkililerin hukuken bu cinayetten sorumlu tutulmaları mümkündür.

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)'nin uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden suçlar bakımından yargılama yetkisi kabul edilmektedir.⁶² Cinayetin faillerinin Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından veya BM tarafından kurulacak bir ad hoc mahkeme tarafından yargılanmaları teorik olarak mümkündür. Sorumluların UCM tarafından yargılanabilmesi için olayın UCM'ye taraf devletlerin birinde gerçekleşmesi veya BM Güvenlik Konseyinin UCM'ye müracaat etmesi gerekmektedir.⁶³ Türkiye ve Suudi Arabistan'ın UCM'ye taraf olmamaları nedeniyle bu olayla ilgili olarak UCM'ye başvurmaları mümkün değildir. Kaldı ki ilgili devletler UCM Statüsü'ne taraf olsalardı bile UCM'nin yargı yetkisi tamamlayıcılık özelliği göstermektedir. Böyle bir imkan bulunsaydı dahi özellikle Suudi makamlarının bunu tercih etmeye yanaşmayacakları açıktır. Bir diğer alternatif olan BM Güvenlik Konseyinin, UCM'ye müracaat etme olasılığı ise uluslararası siyasi denklemler ve çıkarlar nedeniyle güç görünmektedir.

Nitekim bu zorlukları gören BM Özel Raportörü Agnes Callamard, raporunda UCM alternatifi yerine ad hoc mahkeme üzerinde durmuş ve faillerin BM tarafından kurulacak bir ad hoc mahkeme eliyle

⁶⁰ <https://www.hrw.org/news/2019/10/02/saudi-arabia-provide-justice-khashoggi-killing>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

⁶¹ <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2019/06/19/u-n-report-firmly-blames-saudi-arabia-for-the-murder-of-jamal-khashoggi/>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

⁶² AZARKAN Ezeli, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi, MHB, 2004. s. 225, 226.

⁶³ Scharf, Michael P., "The ICC's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position" (2001). Faculty Publications, s. 68-75.

yargılanması önerisinde bulunmuştur.⁶⁴ Keza bunun gerçekleşmesi de BM ve özellikle de BM Güvenlik Konseyi üyelerinin tavrına bağlıdır.⁶⁵

2. Türk ve Suudi Mahkemeleri Arasında Yargı Yetkisi Çatışması

Yargı yetkisinin kullanılması devletlerin egemenliğinin bir ifadesidir. Devletlerin, suçluları yargılaması, muhakeme sonucunda ceza vermesi ve bu cezaları infaz etmesi yargı fonksiyonuna dahil egemenlik yetkileri arasındadır. Devletin yargı yetkisinin alanı ise temelde kendi ülke sınırlarıdır.

TCK'ya göre “Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır” (madde 8). Türkiye topraklarında işlenen suçlarla ilgili yargılama yetkisi münhasıran Türk mahkemelerine aittir. Ancak Kaşıkçı cinayetinin konsolosluk binası dahilinde gerçekleşmiş olması ve uluslararası hukuk açısından konsolosluk binalarının o devletin ülkesi kabul edilmesi Türk soruşturma makamlarının müdahale etmesini fiilen sınırlamıştır. Her ne kadar konsolosluk binası Suudi Arabistan ülkesi kabul edilse dahi esasen suç Türkiye topraklarında işlenmiştir. TCK'nın 12. maddesine göre “*Bir yabancı, 13'üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre*

⁶⁴ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 96.

⁶⁵ ABD, Suudi Arabistan'la ilişkilerini bozmamak ve bölgedeki çıkarlarını korumak amacıyla cinayet konusunda Suudi makamları zor duruma düşürecek adımlar atmaktan kaçınmayı tercih etmiştir. Bkz. <https://www.thelawyerportal.com/blog/what-does-jamal-khashoggi-murder-mean-for-international-law/>, Erişim tarihi: 08.10.2019 Öte yandan ABD, Magnitsky kanunu kapsamında, Kaşıkçı cinayetine karışan 17 Suudi vatandaşı hakkında yaptırım kararı almıştır. Bkz. Marko Milanovic, “[The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life](https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life-part-i-introduction/)”, <https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life-part-i-introduction/>, Erişim tarihi: 15.10.2019.

cezalandırılır.” Türk mahkemeleri, bu hüküm gereğince cinayet faillerini yargılama yetkisine sahiptir.

Cinayet Türkiye toprakları üzerinde işlendiği için Türkiye'nin yargılama yetkisine sahip olduğu tezi ileri sürülmüştür.⁶⁶ Ayrıca Türkiye makamları, cinayete karışan 11 kişinin Suudi Arabistan'dan iadesini talep etmiş ve ayrıca 20 kişi hakkında Interpol vasıtasıyla tutuklama kararı çıkartmıştır.⁶⁷

Suudi tarafı, cinayetin işlendiği mekânın Suudi konsolosluk binası olması sebebiyle Suudi toprağı sayılması gerektiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca faillerin Suudi vatandaşı olması ve maktulün Suudi vatandaşı olması nedeniyle Suudi makamlarının yargılama yetkisine sahip olduğu savını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa'nın 90. Maddesinde, insan haklarına dair uluslararası anlaşmaların diğer konulara ilişkin uluslararası sözleşmelerden üstünlüğü hüküm altına alınmaktadır. Türkiye'nin KİVS'in cevaz vermemesi durumunda dahi, insan haklarına ilişkin Evrensel Bildirge, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile güvence altına alınmış olan insan haklarını korumak üzere konsolosluk binasındaki bir cinayeti önleme, failleri yakalama ve sanıklar hakkında adil yargılamayı bizzat yapma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

⁶⁶ Türkiye, geçmişte Irak'ın İstanbul Başkonsolosluğu'daki bir personelin işlediği cinayet nedeniyle yargılama yapmıştır. Irak'ta Kerkük-Erbil yolu üzerindeki Altınköprü'de 102 Türkmen'in katledilmesini protesto etmek isteyen Türkmenler, 5 Nisan 1991'de İstanbul Beyoğlu'ndaki Irak Başkonsolosluğu binasına yürümüş, göstericilerden bazıları konsolosluk binasını taşlamışlardı. Konsolosluk binasının içinden göstericilere ateş edilmiş; göstericilerden Nejdet Bakkaloğlu ve Yılmaz Hacı Sait isimli kişiler hayatını kaybetmiştir. Türk polisi, Ayad Faik Taha adındaki konsolosluk görevlisini gözaltına almış, kullandığı silahı da teslim almıştır. 10 Mart 1992'de yargılandığı Türk mahkemesi tarafından idam cezasına çarptırılan Faik Taha, “tahrik” indirimi nedeniyle 30 yıl hapis cezası almış, 8 ay Türkiye'de hapis yattıktan sonra özel bir anlaşmayla Irak'a teslim edilmiştir. Bkz. Ferhat Ünlü; Abdurrahman Şimşek; Nazif Karaman; Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018, s. 14.

⁶⁷ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E>, Erişim tarihi: 06.10.2019.

3. Türkiye ve Suudi Arabistan'daki Yargı Kararlarının İncelenmesi

Uluslararası kamuoyu baskısı sonucunda Suudi makamları, Kaşıkçı cinayetine karışan 11 kişi hakkında bir yargılama süreci başlatmıştır. Ancak, yargılananların kimliklerinin açıklanmaması, yargılama sürecinin şeffaf olmaması ve ölüm cezasının varlığı adil yargılama ilkelerine uygun bir yargılama yapılamayacağı yönünde haklı endişelere yol açmıştır.⁶⁸ Suudi makamlarının 11 sanık hakkında yaptığı yargılama sonucunda cinayete karıştığı iddia edilen 5 kişi hakkında idam cezası ve 3 kişi hakkında da çeşitli süreli hapis cezaları verilmiştir. Ancak Suudi makamları, ilgililerin kimlik bilgilerini paylaşmamıştır. Ayrıca, Velihaht Prens Selman'ın danışmanı Kahtani, eski İstanbul Başkonsolosu Uteybi ve eski istihbarat başkan yardımcısı Ahmed El Asiri hakkında delil yetersizliği nedeniyle işlem yapılmadığı açıklanmıştır.⁶⁹ Nitekim Suudi makamlarının yürüttüğü bu yargılama süreci ve bu sürecin sonunda yapılan açıklamalar uluslararası kamuoyu tarafından konunun kapatılması ve göstermelik bir yargılama girişimi olarak algılanmıştır.⁷⁰

Cinayete ilişkin olarak Türkiye de Suudi Arabistan da hukuki süreci yürütmeye yetkili olduklarını iddia etmişlerdir. İki devletin ülkesinde de konuya ilişkin yargılama süreçleri başlatılmış; Suudi Arabistan'daki ilk derece yargılaması sonuçlandırılmıştır. Bu tür yargı yetkisi çatışmalarında hangi devlet mahkemesinin öncelikli olarak yargılama yetkisine sahip olduğuna ilişkin uluslararası hukukta açık bir kural bulunmamaktadır.⁷¹ Bu nedenle her iki taraf da yargılama yetkisinin kendisine ait olduğu hususunda ısrar edebilmektedir. Bu çekişmenin sonlandırılması tarafların uzlaşmasını veya uluslararası bir yargı merciinin bu konuda açık bir karar vermesini gerektirmekteydi. Yapılan

⁶⁸ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E>, Erişim tarihi: 06.10.2019.

⁶⁹ <https://www.cnn.com/cnn/2019/12/23/middleeast/saudi-arabia-jamal-khashoggi/intl/index.html>, Erişim tarihi: 24.12.2019.

⁷⁰ Ibid, Erişim tarihi: 24.12.2019.

⁷¹ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1, s. 77-78.

müzakereler sonucunda dava konusu dosyanın incelenmesi hususunda Türk ve Suudi makamları arasında bir uzlaşmaya varılmıştır.

Türkiye ve Suudi Arabistan arasında 2022 yılı başından itibaren yaşanan siyasi yakınlaşma, yargılamaya süreci konusunda da etki doğurmuştur. Türkiye’den Kaşıkçı cinayeti dosyasının “uluslararası nezaket ilkesi” kapsamında Suudi makamlarına devredilmesi talep edilmiştir. Başsavcı Suud Bin Abdullah El – Muceb’in İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesine hitap ettiği 13 Mart 2022 tarihli yazısında, konuyla ilgili yargılamanın Suudi Arabistan’da tamamlandığı⁷² ve “*Bir kişinin aynı suçtan iki defa yargılanmasının mümkün olmaması*” yasal ilkesi gereği dosyanın devri ve Türkiye’de yargılanan 26 kişinin isminin kırmızı bülten listelerinden çıkartılması talep edilmiştir. Ayrıca, “*Davanın devri durumunda dava ve davadaki iddialar değerlendirilecek ve sonucunda Türk adli makamlarına bilgi verilecektir.*”denilmiştir.⁷³ Söz konusu talep Türk Adalet Bakanlığı’na uygun görülmesi ve dosyadaki yargılama yetkisi Suudi Arabistan devletine devredilmiştir.

Kaşıkçı’nın Türk vatandaşı nişanlısı Hatice Cengiz, söz konusu devir kararı Nisan 2022’de itiraz etmiştir. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesince açıklanan davanın durdurulması ve dava dosyasının Suudi Arabistan yetkili makamlarına devrine yönelik hükme yapılan itirazı değerlendirmiştir. Mahkeme, Adalet Bakanlığı tarafından verilen kovuşturmanın Suudi Arabistan adli makamlarına devrinin uygun görülmesi kararının merkezi makamın takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiş ve mahkemenin Bakanlığın kararını denetleme yetkisi olmadığını kaydetmiştir. Kararda ayrıca, dava konusu olayda “kasten öldürme” suçunun iddia edilmesi ve sanıkların yabancı devlet vatandaşı olmaları nedeniyle Türkiye’de hazır

⁷² Türkiye’de 26 kişi yargılanırken, Suudi Arabistan’da 11 kişi hakkında adli yargılama yapılmıştır. Suudi Arabistan Başsavcılığı, Türkiye’de adı geçen diğer 11 şüpheli hakkında delil yetersizliği nedeniyle adli işlem yapılmadığını ifade etmiştir. bkz. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sardan-buyutec/t-24-belgeye-ulasti-kasikci-dosyasi-uluslararasi-nezaket-gerekcesiyle-s-arabistan-a-devredilmis-cinayet-40-mg-do-iz-la-islenmis,34986>, Haber tarihi: 18.04.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

⁷³ <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sardan-buyutec/t-24-belgeye-ulasti-kasikci-dosyasi-uluslararasi-nezaket-gerekcesiyle-s-arabistan-a-devredilmis-cinayet-40-mg-do-iz-la-islenmis,34986>, Haber tarihi: 18.04.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

bulundurulamadıkları gibi adli yardımlaşma yoluyla da savunmaları alınamadığı için ilgili koşullar gerçekleştiğinden İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının usul ve yasaya uygun bulunduğu belirtilmiştir. Oy çokluğuyla alınan karara, mahkeme başkanı 4 sayfalık muhalefet serhi koyarak, kararın 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'na aykırı olduğunu değerlendirmiştir.

Dosya kapsamı dikkate alındığında, davanın Suudi Arabistan'a devrinin Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesine aykırı düşeceğini belirten mahkeme başkanı, ayrıca devir kararının kamu vicdanını yaralar nitelikte olduğunu ifade etmiştir. İddianamede, “Cemal Kaşıkçı'nın muhalif tavrı nedeniyle Suud yetkililer tarafından ölümle tehdit edildiği, kendisine zarar veremeyecekleri inancıyla Türkiye'de bulunduğu ve bunu yakın çevresine söylediğine” yer verildiğini bildiren başkan, karara aşağıda kısmen aktarıldığı şekilde bir serh düşmüştür.

“Cemal Kaşıkçı'nın ülkemizde bulunduğu sürece canı, malı ve ırzı halkımızın, dolayısıyla devletimizin tekeffülü altındadır. Suud yetkililerinin ülkemizde Cemal Kaşıkçı'ya karşı gerçekleştirdikleri pervasız ve hunharca cinayet, ülkemizin 'emin belde' vasfına, devletimizin onur ve saygınlığına büyük bir saldırdır. Bu eylem nedeniyle kamu düzeni ciddi bir şekilde zarar görmüştür. Eylemi gerçekleştiren failerin bulunup yargılanması, eylemleri ile mütenasip müeyyide uygulanması suretiyle sarsılan kamu düzenininin tamiri elzemdir..”⁷⁴

Kaşıkçı'nın nişanlısı Hatice Cengiz, Bakanlığın davanın devrini uygun bulduğu yazısına karşı Ankara 14'üncü İdare Mahkemesi'nde dava açmış,⁷⁵ ayrıca bahse konu devir kararı sonrasında Hatice Cengiz dosyanın devrinin Anayasa'nın 17. maddesi ve AİHS 2. ve 3.

⁷⁴ <https://www.aa.com.tr/tr/cemal-kasikci/kasikci-cinayeti-dava-dosyasinin-suudi-arabistana-devrine-itiraz-reddedildi/2570568>, Haber tarihi: 22.04.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

⁷⁵ <https://www.diken.com.tr/kasikcinin-nisanlisi-bu-kez-aymye-basvurdu/>, Haber tarihi: 24.05.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

maddelerinin ihlali mahiyetinde olduğu gerekçesiyle Mayıs 2022’de Anayasa Mahkemesi’ne de itiraz başvurusunda bulunmuştur.⁷⁶

Anayasal demokrasilerde hukuk devleti olmanın gerektirdiği asgari standartlar oluşmuştur.⁷⁷ Belirtilen asgari standartları yok sayan bu gibi siyasal yapıların, devletlerarası ilişkilerin geliştirilmesi için tanınan ayrıcalıklardan yararlanmasını engelleyecek uluslararası normlar konulmalıdır. Somut olayda bir dokunulmazlığın kötüye kullanılması örneği olarak Suudi Arabistan’ın hukuksuz uygulamalarla dolu bir süreç işlettiği görülmektedir. Suudi makamları baştan itibaren Türkiye’nin olaya etkin müdahale etmesini engelleyen bir tutum izlemiştir. Ancak yargı yetkisinin Suudi Arabistan’a devredilmesinin Türkiye açısından sorunun çözümünü daha da güçleştirdiği görülmektedir. Zor davalar olarak nitelenen ve olayın siyasal yönünün ağır bastığı bu gibi yargılamalarda ölçülü bir denetim sağlanamamaktadır. “Yargı bağımsızlığı” ve “uluslararası sözleşmelere bağlılık” ilkelerine bu yargılama süreçlerinde de işlerlik kazandırılması gerekmektedir.

4. Kaşıkçı Olayında Uluslararası Hukuk Açısından Sorumluluk

Türkiye ve Suudi Arabistan makamları arasında Kaşıkçı cinayeti nedeniyle oluşan siyasal krizi önleme sonucu doğursa da uluslararası hukuk, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkeleri açısından oldukça sorunlu bir netice ortaya çıkmıştır. İnsani güvenlik ve adil yargılama ilkeleri uluslararası kamuoyu önünde işlenen tasarlanmış bir cinayetin cezasız kalmaması üzerine kuruludur. İnsan hakları konusunda Türkiye’nin ulusal ve uluslararası mevzuatı bu gereklilikleri önemli ölçüde karşılamaktadır.

İnsan haklarının uluslararası bir koruma kalkanına kavuşturulması yönünde özellikle bölgesel kuruluşlar nezdinde önemli ilerlemeler kaydedilmiştir.⁷⁸ Uluslararası hukukta bir siyasal yapının devlet olarak

⁷⁶ <https://www.aa.com.tr/tr/cemal-kasikci/cemal-kasikcinin-nisanlisi-hatice-cengiz-anayasa-mahkemesine-basvurdu/2596588>, Haber tarihi: 24.05.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

⁷⁷ TURHAN, Mehmet. Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin gerekleri’. *Anayasa Yargısı*, 1991, 8, s. 415.

⁷⁸ DIPLOCK, Lord Justice; ÖZMAN, M. Aydoğan. Ulusal ve Uluslar-Üstü Hukuk Sistemlerinin Geçişmesi (Interpenetration. *Ankara Üniversitesi*

tanınması için mutlaka “hukuk devleti olması gerektiğine” dair bir koşul mevcut değildir. Sürekli insan topluluğu, sınırları belirlenmiş ülke, etkin siyasal yönetim ve diğer devletlerle ilişkiye girme yeteneği devlet statüsünün elde edilmesi için yeterli olmaktadır.⁷⁹ Ancak küreselleşme ile birlikte uluslararası sistemin insan odaklı bir yapıya evrilmesi yönünde bir dönüşüm yaşanmaktadır. Özellikle “İnsani güvenlik” merkezli çözümler, bu gelişimi hızlandıracak bir potansiyel taşımaktadır. İnsani güvenlik yaklaşımında, devlet güvenliğinin dışında insan hakları da öncelenmektedir.⁸⁰

Kaşıkçı cinayetinden dolayı “devlet sorumluluğu” konusunda iki ayrı durumun incelenmesi gereklidir. Bu kapsamda doğrudan devlet sorumluluğu ve Ultra Vires sorumluluğun değerlendirilmesi uygun olacaktır.

A. Doğrudan Devlet Sorumluluğu

Kaşıkçı cinayetinde ilk incelenecek olasılık, olayın Suudi Arabistan devletinin talimatıyla ve kendi kamu görevlileri tarafından işlenen bir cinayet olarak nitelenmesi durumudur. Olayın bu kapsamda değerlendirilmesi halinde Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun (UHK) devlet sorumluluğu maddelerinin uygulanması gündeme gelecektir. UHK madde 2’de uluslararası hukuka göre bir devlete izafe edilebilen ve o devletin bir uluslararası yükümlülüğü ihlal ettiği durumlarda, ilgili eylem “uluslararası hukuka aykırı eylem” olarak nitelenmektedir.⁸¹ Kaşıkçı cinayetinde, Suudi Arabistan makamlarının süreç içerisindeki tutumu incelendiğinde doğrudan devlet sorumluluğu olan bir eylemin olduğuna dair kuvvetli şüphe bulunmaktadır. UHK madde 8, uluslararası hukuka aykırı bir eylemin faillerinin bir devletin yönlendirmesi, talimatı ve kontrolü altında hareket ettiği durumlardaki doğrudan sorumluluğunu tanımlamaktadır. Suudi Arabistan devletinin uluslararası ve ulusal yargı

Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, 37.1, s. 190.

⁷⁹ AKSAR, Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, 2. Baskı Ankara 2021, s. 233, 234.

⁸⁰ ALAMEŞE, Yahya, *İnsani Güvenlik Perspektifinden Uluslararası Hukuk*, *DSJOURNAL*, Mayıs 2022, s. 54, 55.

⁸¹ SHAW, Malcolm N, *Uluslararası Hukuk*, TÜBA Yayınları, Ankara 2017, s. 565-568.

makamlarınca doğrudan kusurlu bulunması halinde, devletin uluslararası hukuktan kaynaklı sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.

B. Kaşıkçı Cinayeti'nin Ultra Vires Eylem Olma Olasılığı

Ultra Vires ilkesi kısaca “yetki aşımı” anlamına gelen ve uluslararası hukuk dışında farklı hukuk dallarında da uygulaması olan bir prensiptir.⁸² Resmi görevlilerin kendi yetki sınırları dışında hareket ederek eyleme geçtikleri durumlar için devletlerin sorumluluğuna dair UHK madde 7'nin uygulanması söz konusu olacaktır. Buna göre kamu gücünü kullanan devlet görevlilerinin kendilerine verilen emir ve talimatları aşmaları halinde dahi, bu “ultra vires” eylemden dolayı ilgili devletin uluslararası hukuktan kaynaklı sorumluluğu oluşacaktır.⁸³ Kaşıkçı suikastının Suudi makamlarının doğrudan talimatıyla işlenmemiş olması olasılığında dahi, Suudi devlet görevlilerinin bu eyleminden dolayı, Suudi Arabistan devletinin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.

V. SONUÇ

Kaşıkçı olayı, bir diplomatik misyondaki dokunulmazlık yetkisine güvenen devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen bir cinayet olması sebebiyle geleneksel kalıpları sarsan bir etki doğurmuştur. Uluslararası hukukun devletleri merkeze alan geleneksel yapısı, bu olaya acil ve etkin müdahale imkanını kısıtlamıştır. Devletlerin yaşama hakkını koruma ve yargısız infazdan kaçınma ödevi bulunmaktadır.⁸⁴ Hukuk

⁸² SERDER, Selen, Anonim Şirketlerin Ehliyeti (Özellikle Ultra Vires Doktrini ile Sınırlandırılması), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, s.48-49; KIRDIM, Şahin Eray: "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Ultra Vires Kararlarının Sınırları Ve Yargısal Denetimi." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1: s. 31-72.

⁸³ SHAW, İbid, s. 568.

⁸⁴ DUVAN, Ayşe Özkan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, 24.2, s. 660-681.

devleti olan bir ülkede, hukuksuzluğu ilke edinmiş rejimlerin dokunulmaz alanları olmamalıdır. Uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat yoluyla bu saldırılar karşısında insan hakları odaklı bir koruma mekanizması oluşturulması gerekmektedir.

Devlet ve devletlerin oluşturduğu uluslararası örgütlerin temelini insan unsuru oluşturmaktadır. İnsan onuru ve insan haklarının korunması uluslararası anlaşmalarla teminat altına alınmış en üstün amaçtır.⁸⁵ Otorite ve özgürlük çatışmasının yaşanmasını engelleyecek olan, kamu düzeni ve insani güvenliğin esas alındığı uluslararası anlaşmaları her olayda istisnasız ve kesintisiz şekilde uygulamaktır.

Kaşıkçı cinayetinin işlenmesi ve sonrasındaki yargılama süreçlerinde uluslararası anlaşmalar ve uluslararası insan hakları ilkelerine aykırı bir sonuç ortaya çıkmıştır. Uluslararası kamuoyunda böylesine infial uyandıran bir suçun tüm yönleriyle aydınlatılmamış olması ve bazı failerin cezасız kalması hukuki güvenliğı sarsacak niteliktedir. Uluslararası hukuk mekanizmalarının devreye girmesini BM ve BM Güvenlik Konseyi daimî üyelerinin bu konuda atacağı adımlar belirleyecektir.

BM İnsan Hakları Konseyi tarafından Kaşıkçı cinayetiyle ilgili hazırlatılan rapor, Suudi yöneticilere yaptırım uygulanmasını ve sorumluların ad hoc bir mahkeme eliyle yargılanmasını önermektedir. Suçun işleniş biçimi, suçluların kimlik ve görevleri ile suçun işlendiğı yerin diplomatik dokunulmazlığı bulunan resmi bir mekân olması birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası kurum ve kuruluşların bu soruşturma ve kovuşturma aşamalarını takip etmeleri ve özellikle Suudi Arabistan devletine uluslararası hukuka riayet etmesi yönünde baskı yapmaları önem taşımaktadır. Suudi Arabistan da dahil tüm devletlerin uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmış uluslararası hukuk kurallarını uygulama ve insan haklarını ihlal etmeme zorunluluğı bulunmaktadır.

Türkiye'nin ve BM yetkili organlarının, sorumluların yargı önüne çıkarılması için işbirliğı içinde çalışmaları önem arz etmektedir. Ulusal güvenlik, uluslararası güvenlik ve uluslararası toplum arasındaki meşruiyet bağının temeli hukuka dayanmalıdır. İnsanlık, tarihsel ve

⁸⁵ GÖREN, Zafer, Avrupa Birliğı Temel Haklar Şartı'nın Temel İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru, *Istanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2007/2, S.12, s. 24.

kültürel birikimiyle uluslararası hukuk kaynaklarına dayanan bir düzen oluşturmuştur. Uluslararası siyasal düzenin sağlanmasında devletlerin politik çıkarlarına dayalı ilişkilerin bozulmamasına öncelik verildiği ve bu tip krizlerin çözümünde uluslararası kurumların etkin rol alamadığı gözlenmektedir. Bunun sonucunda uluslararası sözleşmelerin yürütülmesinde, insani güvenliği sağlayan temel ilkelerin uygulanmasında ve uluslararası anlaşmalarla teminat altına alınmış insan haklarının korunmasında zafiyetler oluşmaktadır.⁸⁶

Elçilik ve konsolosluk binalarının dokunulmazlığı belli konularda dar yorumlanmalıdır. Özellikle insan onuruna ve insan yaşamına yönelik ciddi saldırılar karşısında toprak sahibi devlete olağanüstü müdahale yetkisi tanınmalıdır. Kaşıkçı olayında Türkiye'ye olağanüstü müdahale yetkisi tanınmış olsaydı, cinayetin engellenmesi ve en azından soruşturmanın karartılmamış deliller doğrultusunda (adil yargılama ilkelerine uygun) sürdürülmesi mümkün olabilirdi. Nitekim Anayasa'nın 90. Maddesi insan haklarına dair sözleşmeleri, diğer uluslararası sözleşmelerden görece üstün tutmaktadır. Dolayısıyla bu olay karşısında Türk makamları; diplomatik koruma sağlayan anlaşmaları esas almak yerine, insan haklarının korunması yükümlülüğü getiren insan haklarına dair sözleşmeleri önceleyen bir tutum geliştirebilirdi.

Kaşıkçı cinayeti gibi toplumda infial uyandıran politik cinayetler, demokratik toplum düzeni ve hukukun üstünlüğü ilkesi için ciddi tehdit oluşturmaktadır. Bunlara ilişkin yargılamaların uluslararası kamuoyunun güvenini sağlayacak uluslararası genel mahkemelerde veya ad hoc mahkemelerde yapılması ve bu muhakeme süreçlerinde uluslararası insan hakları ilkelerinin istisnasız şekilde uygulanması önemli bir gerekliliktir.

⁸⁶ ILGAZ, Deniz, İnsani Güvenlik Doktrini: Avrupa'da ve Türkiye'de, TASAM Dergisi, 2020, s. 577.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKSAR, Yusuf, Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayınları 2. Baskı Ankara 2021.

AKYEŞİLMEN, Nezir: İnsan Hakları, Hukuku, Siyaseti ve Felsefesi, Orion Yay, Ankara 2021, s.112.

AYBAY Rona: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İş Bankası Yayınları, 2009.

CAŞIN, Mesut Hakkı: Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, Yeditepe Üniversitesi Yayınları İstanbul 2019.

GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

PAZARCI Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

REÇBER Kamuran: Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku, Dora Yayınları, Bursa, 2011.

SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜSBF Yayınları Ankara 1980.

SERDER, Selen, Anonim Şirketlerin Ehliyeti (Özellikle Ultra Vires Doktrini ile Sınırlandırılması), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.

SHAW, Malcolm N, Uluslararası Hukuk, TÜBA Yayınları, Sekizinci Baskı Ankara 2017.

TUNCER, Huner, Küresel Diplomasi, Ümit Yayıncılık Ankara 2006.

ÜLÜ Ferhat, ŞİMŞEK Abdurrahman ve KARAMAN Nazif: Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet, Turkuvaz Kitap, İstanbul, Aralık 2018.

MAKALELER

ALAMEŞE, Yahya: İnsani Güvenlik Perspektifinden Uluslararası Hukuk, DSJOURNAL, Mayıs 2022.

- AZARKAN Ezeli: Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi, MHB, 2004.
- DIPLOCK, Lord Justice; ÖZMAN, M. Aydoğan. Ulusal Ve Uluslar-Üstü Hukuk Sistemlerinin Geçişmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1980, 37.1: 179-191.
- DONNELLY, J.: Cultural Relativism and Universal Human Rights, *Human Rihts Quarterly*, Vol.6, No.4 1984: 400-419.
- DUVAN, Ayşe Özkan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, 24.2: 660-681.
- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: Yaşama Hakkı, *TBB Dergisi*, 2012(103) ss.137-168.
- GÖREN, Zafer, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Temel İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2007/2, S.12: 21-37.
- ILGAZ, Deniz, İnsani Güvenlik Doktrini: Avrupa'da ve Türkiye'de, *TASAM Dergisi* 2020
- KIRDIM, Şahin Eray: "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Ultra Vires Kararlarının Sınırları Ve Yargısal Denetimi." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1: 31-72.
- MİLANOVIĆ, Marco: [The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life](https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life/)", <https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life-part-i-introduction/>, Erişim tarihi: 15.10.2019
- SCHARF, Michael P: The ICC's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position (2001). Faculty Publications.
- TURHAN, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, *Anayasa Yargısı*, 1991, 8: 401-420.

RAPORLAR VE SÖZLEŞMELER

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi, 19 June 2019, Human Rights Council, Forty-first session, A/HRC/41/CRP.1

Arap İnsan Hakları Şartı, 22 Mayıs 2004.

U.N. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, 18 Nisan 1961.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, 24 Nisan 1963.

U.N. Doc. E/RES/1989/65 (May 24, 1989).

İNTERNET KAYNAKLARI

Turan Kışlakçı: “Bize ulaşan bilgi öldürüldüğü yönünde”, www.hurriyet.com.tr, 7 Ekim 2018, Erişim tarihi: 01.10.2019.

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24143&LangID=E>, Erişim tarihi: 06.10.2019.

<https://www.aa.com.tr/en/jamal-khashoggi/khashoggi-killing-was-an-international-crime/1511136>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

<https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2019/06/19/u-n-report-firmly-blames-saudi-arabia-for-the-murder-of-jamal-khashoggi/>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

<https://www.thelawyerportal.com/blog/what-does-jamal-khashoggi-murder-mean-for-international-law/>, Erişim tarihi: 08.10.2019.

<https://www.hrw.org/news/2019/10/02/saudi-arabia-provide-justice-khashoggi-killing>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

<https://news.un.org/en/story/2019/06/1040951>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45776351>, Erişim tarihi: 10.10.2019.

www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html, Erişim tarihi: 14.10.2019.

www.humanrights.ch/en/standards/other-regions-instruments/arab-charter-on-human-rights/, Erişim tarihi: 14.10.2019.

<https://www.setav.org/kasikci-olayi-ve-turkiyenin-egemenlik-haklari/>,

Erişim tarihi: 02.11.2019.

<https://www.yaider.org/cemal-kasikci-olayinin-degerlendirmesi/>, Erişim

tarihi: 12.11.2019.

<https://ankasam.org/kasikci-hadisesi-ve-diplomatik-kurumlar/>, Erişim

tarihi: 14.11.2019.

<https://www.cnn.com/cnn/2019/12/23/middleeast/saudi-arabia-jamal-khashoggi/intl/index.html>, Erişim tarihi: 24.12.2019.

<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sardan-buyutec/t-24-belgeye-ulasti-kasikci-dosyasi-uluslararası-nezaket-gerekcesiyle-s-arabistan-a-devredilmiş-cinayet-40-mg-doza-islenmiş.34986>, Haber tarihi: 18.04.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

<https://www.aa.com.tr/tr/cemal-kasikci/kasikci-cinayeti-dava-dosyasinin-suudi-arabistana-devrine-istiraz-reddedildi/2570568>, Haber tarihi: 22.04.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

<https://www.diken.com.tr/kasikcinin-nisanlisi-bu-kez-aymye-basvurdu/>,
Haber tarihi: 24.05.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

<https://www.aa.com.tr/tr/cemal-kasikci/cemal-kasikcinin-nisanlisi-hatice-cengiz-anayasa-mahkemesine-basvurdu/2596588>, Haber tarihi: 24.05.2022, Erişim tarihi: 19.06.2022.

GELİR VERGİSİ KANUNUNDA İKALE VE İKALE YOLUYLA YAPILAN ÖDEMELERE İLİŞKİN GELİR VERGİSİ KESİNTİSİNİN İADESİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

Nilüfer COŞKUN*

ÖZ

Haksız veya fazla tahsil edilen vergilerin iadesinde tahsil edildiği tarihten iadenin yapıldığı tarihe kadar devletin tahakkuk eden alacaklarına uyguladığı gecikme faizi oranında işleyecek faizi ile birlikte ret ve iade yapılması hukuk devleti ilkesi gereğidir. Bu şekilde, verginin geri verilmesinde kanuni düzenleme ile karşılanamayan mükellefin gerçek zararının tam karşılanması mümkün olabilecektir.

Bu çalışmanın amacı, ikalede yer alan maddi edimlerden yapılan gelir vergisi kesintisine bağlı ortaya çıkan idarenin hukuki sorumluluğunun belirlenmesidir. Böylece mükellef lehine faize ilişkin kanuni düzenlemelerin dar

* Arş. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: nlfrcskn2179@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9717-0131.

Makalenin Gönderim Tarihi : 20.03.2021.

Makalenin Kabul Tarihi : 01.06.2021.

Bu makale, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programında hazırlanan ve 23.12.2021 tarihinde savunulan “Vergi İdaresinin Tarh İşleminde Doğan Hukuki Sorumluluğu” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

ve yetersizliği, ikale sözleşmesi özelinde anlatılacaktır. Nitekim vergi iadesinde mevcut düzenlemelerdeki aksayan yönlere vurgu, vergilendirme yetkisinin kullanımında temel hakların yarattığı dönüşüm gereğidir.

Anahtar Kelimeler: Vergi iadesi, faiz, ikale, hukuki sorumluluk.

THE MUTUAL TERMINATION AGREEMENT IN TERMS OF INCOME TAX LAW AND LEGAL RESPONSIBILITY FOR THE REFUND OF INCOME TAX DEDUCTION AT SOURCE BY MUTUAL TERMINATION AGREEMENT

ABSTRACT

Rejection and refund of unfair or overpaid collected taxes and these taxes' interest at default interest rate applied by state until the date of the refund from the date of collection is in accordance with the principle of constitutional state. In this way, it will be possible to fully compensate the real loss of the taxpayer, which cannot be covered by the legal regulation in the return of the tax.

The purpose of this study is to determine the legal responsibility of the administration arising from the deduction of income tax from the material acts included in mutual termination agreement. Thus, being the narrow and inadequacy of the legal regulations regarding interest in favor of the taxpayer will be explained specifically in mutual termination agreement. As a matter of fact, the emphasis on the deficiencies in the current regulations about tax refund is due to the transformation created by the fundamental rights in the use of the taxation power.

Keywords: Tax refund, interest, mutual termination agreement, legal responsibility.

I. GİRİŞ

İş hukuku ve vergi hukukunun kesiştiği alanlardan biri, iş hayatında işverenler ve hizmet erbabları arasında sıkça yaşanan ihtilaflardan birini oluşturan işçiye yapılan ödemelerden vergi tevkifatının yapılıp yapılmayacağıdır. Bu ihtilaflardan biri de hizmet erbabının işten ayrılması durumunda yapılan ikale sözleşmesi çerçevesinde belirlenen maddi edimlerin (veya ekonomik değerlerin) ne şekilde vergilendirilmesi gerekeceği hususudur. Nitekim ikale sözleşmesi ile işçinin malvarlığında

bir artış meydana gelecektir ve vergi hukuku açısından bu gelirin vergilendirilme durumu söz konusu olabilecektir. Bu nedenle “vergi iadesinde faiz”¹ bağlamında incelenecek kanuni düzenlemelerin, genel hukuk kurallarının ve anayasal prensiplerin ikale yoluyla yapılan ödemelerin gelir vergisi kesintisinin iadesi açısından da geçerli olup, ikale özelinde ayrı bir önemi bulunmaktadır.

Devlet ile kişiler arasında kamu hukukundan doğan kamu alacağı ilişkisi eşitler arası bir ilişki niteliği taşımamaktadır. Kişiler kamu alacağı ilişkisinden doğan şekli ve maddi ödevlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirmediginde ceza yaptırımlarının yanında gecikme zammı, gecikme faizi, pişmanlık zammı veya tecil faizi gibi ek yükümlerle karşılaşmaktadır ve Devlet bu yükümlere ilişkin cebren tahsil yöntem ve araçlarından ve mahsup imkânından yararlanmaktadır. Ek yükümlerden biri, tahakkuku geciken devletin alacağına 1983 yılından itibaren uygulanan gecikme faizidir. Buna karşılık fazla veya haksız tahsil edilmiş vergi alacağı için faiz ödenmesi yetersiz ve eksik şekilde 1999 yılından itibaren başlanmıştır.

Vergi usul hukuku alanında mükellef lehine faiz uygulamaları, yakın tarihte yapılan düzenlemeler ile hayat bulmuş ve kanuni dayanağa kavuşmuştur. VUK’ta paradan yoksun kalınan dönem için uğranılan zararı mükellef lehine telafi etmeye yönelik ilk faiz düzenlemesi VUK’un 112. maddesine eklenen fıkra ile yapılmıştır, Sonrasında VUK’un 112/4. maddesinde yer alan fazla veya yersiz alınan² vergilerin “120. madde

¹ VUK md. 112/4. fıkra ile düzenlenen müessesede kavram olarak “vergi iadesinde faiz” veya “iade faizi” terimine yer verilmemiştir. Madde metninde tecil faizi kavramı kullanılmış ve iadesinde gecikilen vergiler için mükellefe faiz ödenmesi düzenlenmiştir. Bu sebeple, yeri geldiğince iade faizi terimi kullanılması önerilmektedir. Aynı öneri için bkz. MUTLUER, M. Kamil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 146; KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 318; KARAKOÇ, Yusuf: Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulanması, Mükellefin Dergisi, S. 107-108, s. 388, (ss. 387-406), ÜSTÜN, Süleyman; Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması, TBB Dergisi, Y. 2013, S.105, s. 182, (ss.171-228), BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz, Vergi Dünyası, S. 316, Aralık 2007, (ss. 84-101).

² İade edilmesi gereken vergilerden bahsedilirken madde metninde yer alan “fazla veya yersiz vergiler” deyiminin yanında fazla ve yersiz alınan

hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte” mükellefe ödeneceği hükmü, mahkeme kararı gereğince iade edilecek vergileri kapsamadığı sonucunu doğurduğu veya bu fıkradaki düzenlemenin yargı kararı ile verginin iadesinde yeterli netliğe sahip olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir.³ Anayasa Mahkemesi kararında VUK’un 112/4. maddesindeki mükellefe faiz ödenmesine ilişkin kuralı, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına aykırı bularak iptal etmiştir.⁴ Nitekim asıl alacağına bağlı fer’i bir hak olan faiz alacağı da hak sahibine maddi bir menfaat sağlaması sebebiyle ekonomik bir değer olarak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamındadır.⁵

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı doğrultusunda VUK’un md. 112/4. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Yeniden düzenlenen 4. fıkraya göre fazla veya yersiz alınan vergilerde müracaat tarihi veya verginin tahsil tarihinden itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edileceği tarihe kadar geçen dönem için tecil faizi oranında faizin hesaplanması

vergiler, hukuka aykırı tahsil edilen vergiler, haksız veya fazla tahsil edilen vergiler, haksız tahsil edilen vergiler gibi terimler kullanılabilir. Tanım için bkz. III. B. 1 no’lu başlık.

³ ERMUMCU, Osman: Yargı Kararlarıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Kasım 2010, S. 51, s. 152, 157, (ss. 149-163); BAYAR İbrahim Nihat, Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, Yıl 2003, s. 311, (ss. 310-317).

⁴ AYM, T.10.02.2011, E. 2008/58, K. 2011/37, RG. 14.05.2011, S. 27934; Anayasa Mahkemesi’nin kararında da atf yapılan AİHM kararı için bkz. Eko-Elda Avey Kararı, AİHM. 1. Daire, E. 10162/02, T. 09.03.2006, <https://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi. Mayıs 2022; CANDAN Turgut, İnsan Hakları Mahkemesi’nin Eko-Elda Avey / Yunanistan Kararı, Danıştay Dergisi, S.114, 2007, (ss.1-8).

⁵ Mülkiyet hakkının yanında ihlal kararı verilen adil yargılanma hakkı, anayasal hakların ihlali, eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi gibi haklar konusunda AYM kararlarına bir bakış için bkz. UYGUN Esra / GERÇEK Adnan, Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, TAAD, Y. 7, S. 29, 2017, (ss. 167-191).

gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁶ Doktrinde vergi iadelerinde faizin işlemlerine ilişkin başlangıç tarihinin değişmesi olumlu bir gelişme olsa da, düzeltme fişinin tebliğinden itibaren de iade gecikme ihtimalinden dolayı faiz işlemlerinin duracağı süre bakımından herhangi bir değişiklik olmaması eleştirilen noktalardan biridir.⁷ VUK'ta yer alan bu düzenlemenin dışında İYUK'un md. 28/6. fıkrasında da mükellef lehine faiz düzenlemesi bulunmaktadır. İYUK md. 28/6. fıkrası mahkeme kararından kişilere yapılacak ödeme tarihine kadar olan dönem için faiz tahakkukunu düzenlemektedir. Hâlbuki karar derhal yerine getirilse bile mükellefin zararı yine mevcut kalmaya devam etmektedir.⁸ İYUK'un 28. maddesi de tek başına mükellefin zararlarını karşılamaya yetmemektedir. Vergi iadesinde faiz konusunda kanuni düzenlemeler bulunsa da faiz uygulama alanının darlığı, faiz oranının düşük tutulması ve yargı kararlarıyla kesinleşen yükümlü alacaklarının durumu açılarından eleştirilmektedir. Bir diğer eleştiri, vergilendirmelerin neden olduğu maddi ve manevi zararların, kanunda öngörülenden fazlasının tazmin edilemeyeceği yolunda yanlış bir anlayışın yerleşmesine neden olduğudur.⁹

Faiz düzenlemelerinde esas amaç, fazla ve yersiz tahsilat nedeniyle mükellefin uğradığı gerçek zararın karşılanmasını sağlamaktır. Bu anlamda faizin uygulanacağı sürenin hesabında, fazla veya yersiz tahsilat tarihinden bu tutarların mükellef emrine amade kılınması kadarki zaman kesitinin dikkate alınması zorunludur.¹⁰ Diğer yandan devletin

⁶ Kanuni değişikliğin hemen akabinde ilgili düzenlemeyi sınırlı okuyan 418 Sıra Nolu VUK Genel Tebliği kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. RG, T.8.9.2012, S. 28405.

⁷ Bu bakımdan düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile iade arasında zaman farkı bulunmamalıdır. ÜSTÜN, Ümit Süleyman: Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 141.

⁸ Mükellef, yerel mahkemede yargılama yapılırken, rızaen ödeme yapmışsa veya yürütmenin durmadığı hallerden biri söz konusuysa veya yerel mahkeme kararı üzerine ödeme yapmış olup, üst mahkemede haklı bulunursa, yargılama bitene kadarki zaman birimi kadar faiz kaybı olacaktır. SONSUZOĞLU Elif, Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 96.

⁹ CANDAN, Turgut: Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Verginin Geri Verilmesinde Faiz, Mali Çözüm Dergisi, S.118, Y. Temmuz- Ağustos 2013, s. 184, (ss. 161-187) (Hukuka Aykırı).

¹⁰ HATİPOĞLU, Cengizhan: Yargı Kararına Göre İade Edilecek Vergilerde Faiz, İÜHFMD, C. LXII, S.1, 2014, s. 438, (ss.435-448); Candan,

alacaklarına uygulanan gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, haksız veya fazla yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusudur. Devlet alacağına ödenen ve her zaman tecil oranından fazla olan gecikme zammı/faizi oranı ile mükellefe ödenen iade faizi oranı aynı olmalıdır. Bu yönde kanunlar sistematığıne uygun şekilde kanuni düzenleme yapılmalıdır. Vergi iadesine ilişkin bu yönde yeni düzenlemenin AATUHK'da yer alması daha uygundur.

Vergi idaresinin işlemleriyle mükelleflere vermiş olduğu maddi ve manevi zararların gerçek miktarlarıyla giderilmesinde uygulanması gereken yöntem de, diğer idarelerin eylem ve işlemlerinin neden olduğu zararların idari yargıç tarafından idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanarak verilen kararlarla giderilmesi yönünde olmalıdır. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan “... İ dare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmü de bu hususu emretmektedir.

Bu çalışmada öncelikle ikalenin hukuki niteliği ve önemi anlatılacaktır. İ kale sözleşmesi iş hukukunun yanında vergi hukukunu da ilgilendirdiği için, gelir vergisi hukukundaki yeri kanunilik ilkesi bağlamında incelenecektir. İ kale sözleşmesi ile elde edilecek maddi menfaatlerin (veya edimlerin) 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 21.3.2018 tarihli 7103 sayılı Kanun ile eklenen son düzenlemeler ışığında vergilendirilme yöntemi anlatılacaktır. Böylece ikaleye vergi idaresinin yaklaşımı ve ikaleye ilişkin gelir vergisi kesintisinin teorik tartışmalar boyutundan kanuni temellere oturuş süreci üzerinde durulacaktır. Son olarak ikale sözleşmesi yoluyla yapılan ödemelerden gelir vergisi kesintisinin iadesinde vergi idaresinin hukuki sorumluluğu, idari yargıda yer alan sorumluluk rejimi çerçevesinde ve vergi usul hukukunda düzenlenen hükümler aracılığıyla incelenecektir.

Hukuka Aykırılık, s.181-182; Karakoç, Vergi İ daresince, s. 396-397; Sonsuzoğlu, s. 96. Üstün bu durumu, idarenin kusurundan kaynaklanan hallere özgülemeyi savunmaktadır. Üstün, Denetim-Yargı, s. 140.

II. GELİR VERGİSİ KANUNUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak İkale Sözleşmesi

1. Kavram

İkale kavramının yasal düzenlemesi bulunmamakta, tanım ve kapsamı hukuka hâkim ilkeler, doktrin ve yargı kararları çerçevesinde şekillenmektedir. İkale, iş sözleşmesinin türünün belirli veya belirsiz süreli olmasının önem arz etmediği, serbest irade ile yapılan iş sözleşmesinin yine serbest irade dâhilinde sona erdirilmesinin, başka ifadeyle iş sözleşmenin karşılıklı bozulması olarak nitelemektedir.¹¹

İş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin anlaşmaya (veya sözleşmeye) uygulamada ikale denilmektedir. Yargıtay ve uygulamada karşılıklı sonlandırma veya bozma sözleşmesi de kullanabilmektedir. Karşılıklı mutabakat veya protokol terimi de uygulamada kullanılabilir.

2. Önemi

İşçinin özgür iradesine dayanan gerçek (veya hukuken geçerli) ikale ile iş güvencesi hükümlerinin dolanma amacını güden ve aslında işverenin feshini gizlemeye yarayan görünürdeki ikalenin ayırt edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ihbar ve kıdem tazminatı yanında iş güvencesi karşılığı ek bir ödemede bulunulması ikalenin iş güvencesini dolanma amacı taşımadığı kabul edilse de ödeme tutarı konusunda kesin sınırlar getirmek yerine somut durumun özelliklerine göre, işçinin çalışma yılı, işletmenin mali durumu, sözleşmeyi sona erdirmeye nedeni dikkate alınarak makul tutar belirlenebilmektedir.¹²

¹¹ ŞAKAR, Ayşe Yiğit: İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı.16, Y.2009, s. 225, (ss. 225-229).

¹² SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 451.

B. İkale Sözleşmesi ve Gelir Vergisi Kesintisi

1. Ekonomik Değerin, Gelirin Ücret Unsuru Olarak Nitelendirilerek Vergilendirilmesinde Hukuki Dayanak

Gelir Vergisi Kanununun kazuistik bir yapıya sahip olmasının en önemli sonuçlarından biri herhangi bir ekonomik değer bu kanun kapsamında vergilendirilmesi için kuramsal anlamda gelir niteliği taşımasının yanında anılan kanunda tahdidi olarak sayılan gelir unsurlarından birine girmesi gerekliliğidir.¹³ Başka deyişle bu kanun ile tipleştirmeye gidip verginin konusunun gelir olduğunun belirtilmesi ile yetinilecek olsa idi, vergilerin kanuniliği ilkesi çerçevesinde somut vergilendirme işlemlerinin hukukiliği daha büyük ölçüde tartışmalara yol açabilirdi.¹⁴

Ekonomik bir kavram olarak gelir, belli bir zaman kesiti içinde alım gücünde artış olarak ifade edilmektedir.¹⁵ Yeni bir alım gücünün ortaya çıkması sırasında bir vergilendirmeye gidildiğinde gelir üzerinden vergilendirme yapılmış olmaktadır. Gelirin boyutlarının saptanmasında ise dar kapsamlı gelir anlayışı olan kaynak kuramı ve geniş kapsamlı gelir anlayışı safi artış kuramlarından yararlanılmaktadır.¹⁶

Ücret, sayma yoluyla belirlenmiş gelirin yedi unsurundan biri olup GVK'nın 61/1. maddesinde “işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanımda ücretin işverene tabiiyet unsuruna yer verilerek ücretin bağımlı emeğin kazancı olduğu başka bir deyişle, hizmet sözleşmesinden doğduğu belirtilmiştir. Nitekim ücret gelirleri bu yönüyle emek gelirleri arasında yer almaktadır.

¹³ ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 240.

¹⁴ Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 241.

¹⁵ Ekonomik anlamda satın alma gücünde ortaya çıkan artış, hukuki açıdan kişinin malvarlığında bira artışa tekabül etmektedir. Malvarlığında artış bir alacak hakkının doğması şeklinde gerçekleşebilir veya belli maddi değerlerin fiilen malvarlığına girmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 238, 250-251.

¹⁶ Kuramlar hakkında bkz. Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 241.

2. İkaleye Özgü Hukuki Düzenleme: GVK md. 61/7, md.25/7-b ve Geçici md. 89

a. 7103 sayılı Kanundan Önceki Durum

İkale sözleşmesi sonucu elde edilen maddi edimlerin gelir vergisi kanunu açısından hukuki niteliği tartışmalıdır. İkaledede kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacakları ve diğer tazminatların gelir vergisine tabi olarak ücret olarak (GVK md.61) nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, ücret olarak nitelendirilmesi durumunda istisnaya (GVK md.25) tabi olup olmaması konusunda görüşler bulunmaktadır. Bu konuda vergi idaresinin görüşleri, yargı kararları ve teorik tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmaların temelinde iş hukuku teorisyenleri tarafından ikale sözleşmesinde yer alan kıdem tazminatının mahiyeti itibarıyla 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi anlamında kıdem tazminatı sayılıp sayılmadığı, vergi teorisyenleri ve vergi yargısı tarafından VUK'un 3. maddesi gereği vergi kurallarının yorumu (GVK md. 25, 61) ve anayasanın 73. maddesinde düzenlenen vergilerin kanuniliği ilkesi bulunmaktadır.¹⁷ Ek olarak yargı kararlarında vergi idaresi tarafından, ikalede yer alan maddi edimlerin değerlendirilmesine ilişkin yapılan işlemle ilgili sakatlığın hukuki uyumsuzluk mı yoksa vergi hatası mı oluşturduğu yorum sorunu niteliği de taşımıştır.¹⁸

¹⁷ Vergi hukukunda yorum konusunda benimsenen ekonomik yaklaşım hakkında bkz. AKKAYA, Mustafa: Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2021; SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2019, s. 479-510; Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 22-30, BATI, Murat: Vergi Hukuku, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2021.

¹⁸ Yargı merci tarafından isteminin hukuki uyumsuzluk olarak nitelendirilmesi durumunda, davacı tarafından düzeltme-şikâyet başvurusu sonucu açılmış bir dava söz konusu olduğunda istemin vergi hatası kapsamına olmamasından ötürü, davanın süreaşımı yönünden ret edilmesi riski ile karşı karşıya kalma durumu oluşmaktadır. Bu durum ikale sözleşmesi yoluyla yapılan vergisel ödemenin faiziyle istenmesinin yargı merciinde dinletilememesi sonucunu yaratabilmektedir. Bunun önlenmesi ise, vergi hatalarına özgü uyumsuzluk yolunun işletilmesi yerine, vergi yargısına özgü sürelerle riayet davacı mükellef hizmet erbabı açısından daha güvenceli olmaktadır. Dava açma sürelerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Saban, s. 471-475, 515-516; Öncel /Kumrulu /Çağan, s. 183, 192. İYUK'un 11. maddesinin vergi hukukunda uygulama alanı ile ilgili

İ kaleye tabi maddi edimlerin gelir vergisi açısından hukuki niteliğinin belirlenmesinde ikili bir ayırım yapıldığı analiz edilmiştir. İ kalede yer verilen işçilik alacaklarına ilişkin maddi edimler ve diğer maddi edimler olarak sınıflandırma yapılmıştır. İşçilik alacaklarının, ikale sözleşmesinde ayrıntılı biçimde belirtildiği durumlarda, bağımlı emeğin karşılığı olmaları nedeniyle GVK'nın 61. maddesi kapsamında ücret olarak vergilendirilmesi gerekmektedir.¹⁹ Nitekim ücret gelirleri, bağımlı bir emeğin karşılığını oluşturmaktadır.²⁰ İlk ayırım noktasında ikalede yer alan kıdem tazminatının, işçilik alacağı kapsamında kıdem tazminatı olarak nitelendirilip nitelendirilmediği noktasında özelge talepleri sonucunda vergi idaresinin iki farklı tarihte birbirine karşıt görüşü bulunmaktadır.²¹ Özgenç bu anlamda VUK'un 3. maddesinden hareketle ikalede yer alan kıdem tazminatının önce ücret olarak nitelendirilmesi ve devamında yasanın lafzı ve ruhunu ön planda tutarak GVK'nın 25/1. maddesi kapsamında "yardım" olduğundan bahisle vergiden istisna edilmesinin hem iş hukuku hem vergi hukuku tekniğine daha uygun bir yaklaşım olacağını savunmuştur.²²

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1. fıkrasının 7. bendi gerekçe gösterilerek ikale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının ücret olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmakta idi. Anılan hükme göre "1475 ve 854 sayılı Kanunlara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanun'a

tartışmaya ilişkin çalışma için bkz. BİLİCİ Nurettin, Vergi Uyuşmazlıklarında "Üst Makama Başvuru" Yolu (İYUK m. 11), DEÜHF Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., Y. 2019, (ss. 2773-2778).

¹⁹ Bununla beraber, sözleşmede işçilik alacaklarının ayrıntılı biçimde belirtilmediği hallerde, VUK'un 3. maddesi gereği vergi idaresinin yapacağı tespiti bağılı olarak söz konusu alacakların ücret olarak vergilendirileceği görüşü ileri sürülebilir. Bu halde, idari işlemin sakatlığı ve edimin işçilik alacağını kapsayıp kapsamadığı hususları mükellef tarafından ispat olunmalıdır. ÖZGENÇ, Selçuk: Gelir Vergisi Kanunu Açısından İ kale Sözleşmesi, MÜHF HAD, C. 22, S. 2, T. 2016, s. 123, 124, (ss.115-130).

²⁰ Öncel /Kumrulu /Çağan, s. 287-288, 290; BİLİCİ, Nurettin: Türk Vergi Sistemi, Savaş Kitabevi, Ankara, 2016, S. 39-41; Saban, s. 228-233.

²¹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın, 03.06.2008 Tarih ve 12268 Sayılı Özelgesi; Gelir İdaresi Başkanlığı'nın, 15.12.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-GVK-94-53 Sayılı Özelgesi, www.gib.gov.tr.

²² Özgenç, s. 125.

göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz)” denilerek kıdem tazminatının gelir vergisinden istisna edildiği ifade edilmiştir.

İkale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının ücret kapsamında değerlendirilerek stopajının yapılmasını savunanlar gerekçe olarak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddede öngörülme-yen ya da yasal sınırlamaları aşan her türlü ödemenin teknik anlamda kıdem tazminatı olmadığını söylemektedir.²³ İşverenle işçi arasında yapılacak ikale sözleşmesi neticesinde ödenen kıdem tazminatı, 14. maddesinde tanımlanan kıdem tazminatı kapsamına girmediğinden, GVK'nın 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatı adı altındaki paraların “ücret” olarak değerlendirilerek, GVK'nın 61., 94., 103. ve 104. maddeleri gereğince (GVK 94 /I.1. maddesinde, hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden ((istisnadan faydalananlar hariç)), 103 ve 104. maddelere göre kaynakta kesinti yapılacağı düzenlenmiştir) tevkif suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir.²⁴

İkale sözleşmesi ile kıdem ve ihbar tazminatının ücret kabul edilmesi nedeniyle kaynakta kesinti yöntemi suretiyle vergilendirilmesi gerektiğini savunanlar, bu kesintinin nasıl olacağını açıklamışlardır. Şakar'a göre işverenler, hizmet erbabına ödedikleri ücretlerden 94. madde gereğince yaptıkları vergi tevkifatını ücret bordrolarında veya bordro yerine geçen diğer kayıtlarda göstermeye mecbur olduklarına ve tevkif edilen vergi, vergi kesenin kayıt ve hesaplarında ayrıca gösterildiğine göre ikale sözleşmesi gereğince ödenen kıdem tazminatı ve

²³ GEREK, Hasan Nüvit: İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, T. 2011, S. 4, s. 54-55, (ss.43-58); Şakar, s. 227.

²⁴ İkale sözleşmelerinde bir fesih bildirim süresi söz konusu olmadığından, bu süreye uyulmaması sonucu “ihbar tazminatı” ödenmesi de söz konusu değildir. Kaldı ki ihbar tazminatı gelir vergisinden müstesna edilmemiştir. Bu konuda kıdem tazminatında olduğu gibi bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır. Ezcümle, ikale sözleşmesine taraf olan işverenin, sözleşme hükümleri gereğince ödediği kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı GVK açısından ücret olarak kabul edilmelidir. Şakar, s. 227.

ihbar tazminatı ücret sayıldığı için, bu ödemeler gider olarak kaydedilebilir.²⁵

İkale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının istisnaya tabi tutulmasını savunanlar gerekçe olarak 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi kapsamında ödenen kıdem tazminatının, çalışanın geçmişte işverene verdiği hizmet karşılığı yıpranmasının bedeli olarak ödenen bir tazminat niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, tarafların iş sözleşmesini karşılıklı olarak anlaşılmak suretiyle sona erdirmesi dolayısıyla, çalışana genellikle o işyerindeki çalışma süresi de dikkate alınarak yapılan ödemenin, aynı mahiyette bir kıdem tazminatını içerdiğinin kabul etmek olarak veya kıdem tazminatına tekabül eden kısmının Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinin 7. bendi uyarınca kıdem tazminatı olarak dikkate alınması ve bu çerçevede söz konusu tutarın gelir vergisinden istisna edilmesi, bu tutarı aşan kısmının ise hangi isim altında ödenmiş olursa olsun gelir vergisine tabi tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Özgenç, bu uygulamanın yapılabilmesini önce işçilik alacaklarının VUK'un 3. maddesi gereği ücret olarak nitelendirilmesi *-ki bu nitelendirme her vakıa özelinde sözleşmenin yorumu ve elde edilen gelire ilişkin olarak baskın unsurun tespitini gerektirir-*, buna bağlı olarak yapılan kıdem tazminatı ödemelerinin GVK'nın 25/1. maddesi kapsamında vergiden istisna edilmesi şeklinde tedrici bir yorumun yapılması şartıyla savunmuş; iş güvencesi, iş kaybı tazminatı, prim ödemesi vb. adlar altında yapılan tazminat ödemelerinin ise verginin yasallığı ilkesi uyarınca verginin konusuna girmemesi ve işçilik alacağı niteliğinde olmaması nedeniyle vergilendirilemeyeceğini belirtmiştir.²⁶ Nitekim yargı kararlarında da ikale ile ödenen tazminatın ücret olarak nitelenmesi mümkün olmadığı, ücret olarak nitelenmeyecek bir gelirin

²⁵ İkale sözleşmesinde işçiye kıdem tazminatı veya ihbar tazminatı adı altında belli bir parayı ihtiva eden herhangi bir ödeme miktarı yer almışsa, burada yer alan meblağ üzerinden 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı Tablo'nun I/A-1 fıkrasında yer alan sözleşmelerle ilgili belli parayı içeren mukavele, taahhüt, temlik ve devir belgeleri binde 7,5 oranında damga vergisine tabi olduğu hükmü gereği binde 7,5 oranında damga vergisi hesaplanması gerekir. Şakar, s. 228. Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği 1.1.2022 tarihinden geçerli olmak üzere yeni miktarlar tespit edilmiştir. Kanunla getirilen oran miktar üzerinden binde 7,5 olmakla birlikte uygulanacak oran binde 9,48'dir. Bkz. 66 Seri No.lu Tebliğ, RG, T. 21.12.2021, S. 31696.

²⁶ Özgenç, s. 124-125.

ücretin istisnası kapsamında ele alınmasının da hukuka aykırılık oluşturulduğu görülmüştür.

b. 7103 Sayılı Kanun ile Oluşan Yeni Durum

Vergi ve iş hukukunun ortak gündem konularını oluşturan önemli konulardan biri olan ikale sözleşmelerine istinaden işveren tarafından işçiye ödenecek olan tazminatların gelir vergisi kesintisine tutulması karmaşıklığını gidermek adına 2018 yılı itibarıyla düzenleme getirilmiştir. İşçinin ikale sözleşmeleri sonucunda elde edeceği tazminatların vergilendirilmesi boyutu 27.03.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere genişletilerek Gelir Vergisi Kanununda belirtilen koşullar çerçevesinde vergi kesintisi yapılması 7103 sayılı Kanun ile kararlaştırılmıştır. Bu itibarla ikale çerçevesinde ödenen tazminatların ücret sayılacağı 21.3.2018 tarihli 7103 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun “ücretin tarifi” başlıklı 61/7. maddeye “*Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar*” şeklinde eklenmiştir.

GVK'nın 61. maddesinde ücretin tanımına yer verilmiş olup, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler olarak yapılmış ve ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 94. maddesinde, kimlerin hangi ödemelerden tevkifat yapacakları sayılmış olup, 1. bendinde hizmet erbabına ödenen ücretlerden 103. ve 104. maddelere göre tevkifat yapılacağı hüküm altına alınmıştır. 61. maddede ücret için genel bir tanım verildikten sonra ayrıca belli ödemeleri tek tek ücret olarak hükme bağlama şeklinde düzenlemeye gidilerek, açıkça gösterilmediği takdirde vergi dışı kalabilecek bazı ödemeleri nitelikleri gereği en yakın gelir unsuru içinde mütalaa edip vergilendirilmesini istediğinde açıkça belirtme yoluna gitmektedir.²⁷ Bunun yanında Gelir Vergisi Kanunu kapsamına girmekle gelir türü olarak niteliği tartışmaya açık bir kazanca ilişkin tartışmanın

²⁷ Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 289-300.

giderilmiş olması ve o kazanca ait vergilendirme tekniği, istisnalar gibi vergilendirmeyi etkileyen durumlar açısından dahil olduğu kategorinin statüsüne tabi olmaktadır.²⁸ İkale yoluyla işçinin malvarlığında meydana gelen artışın örnek mukabilinde ücret unsuruna tabi tutulması ile daha önce bu konuya ilişkin yapılan tartışmaların sona erdirilmesi ve böylece vergi idaresi ve uyuşmazlık durumunda vergi yargısına verginin kanuniliği ilkesi doğrultusunda tazminatın dâhil olduğu kategori ve istisnaya tabi olup olmadığı konusunda netlik kazandırmak istenmesi amaçlanmıştır. Nitekim bu hükümlerle birlikte ikaleye ilişkin tazminatlara ilişkin uyuşmazlığın yargıya taşınması durumunda, vergilendirme işleminin sebep unsuru yönünden uyuşmazlığın hukuki uyuşmazlık yerine açık bir vergi hatası olması hususu denetime tabi tutulacak, bu çerçevede düzeltme ve şikâyet başvurusu yapılmış olması durumunda davanın süreaşımı yönünden incelenmeksizin ret edilmesi ihtimali de bertaraf edilmiş olacaktır.²⁹

Vergilerin kanuniliği ilkesine uygun olarak tedrici bir yolla ikaleye ilişkin tazminatların ücret kapsamında olduğu hükme bağlandıktan sonra, bu tazminatların istisnaya tabi tutulduğu hükme bağlanmıştır. İkale ile belirlenen tazminatın belirli miktarına karşılık gelen kısmının gelir vergisi açısından istisna kapsamında sayıldığına ilişkin düzenleme, 21.3.2018 tarihli 7103 sayılı Kanunun 5. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "tazminat ve yardımlarda" başlıklı 25. maddesinin 1.fıkrasının 7 numaralı bendinin (b) alt bendine "*Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre bu bendin (a) alt bendinde belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla*"³⁰, hizmet sözleşmesi

²⁸ Öncel / Kumrulu / Çağan, s. 290.

²⁹ "... 2016 yılı için ilan edilen kıdem tazminatı tavan tutardan yapılan hesaplama göre hak kazanılan kıdem tazminatı tutarının vergiden müstesna olmasına rağmen üzerinden gelir vergisi kesildiğinin anlaşıldığı, vergiden istisna edilen bu tutar üzerinden gelir vergisi kesintisi yapılmasının açık vergi hatası olduğu..." hakkında bkz. İstanbul BİM 1VDD, T. 4.6.2020, E. 2020/531, K. 2020/571.

³⁰ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "tazminat ve yardımlarda" başlıklı 25. maddesinin 1.fıkrasının 7 numaralı bendinin (a) alt bendi şöyledir: "25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.)."

sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar (Bu bendin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.)” şeklinde eklenmiştir.³¹

Gelir Vergisi Kanununun ikaleye ilişkin 25. ve 61. maddelerinde 7103 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 303 No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile belirlenmiştir.³² İ kale sözleşmesinin vergisel durumuna ilişkin düzenleme bu tebliğin “*Hizmet Erbabına Ödenen Tazminatların Vergilendirilmesi ile İstisna Uygulaması*” başlıklı 4. bölümünde 8. maddesi ile 12. maddesi arasında düzenlenmiştir. Esas olarak 11. maddesinde “*Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan ödemeler ve yardımlarda istisna*” başlığı altında ikalenin vergi karşısındaki durumu yer almaktadır. İlk fıkrasında söz konusu düzenlemenin hangi ödemeleri kapsadığına ilişkin örnekler verilerek, bu ödemelerin kıdem tazminatı ile birlikte toplamı üzerinden çalışanın tabi olduğu kanuna göre uygulanacak istisna miktarına tabi tutulacağı belirtilmiştir. Buna göre, hizmet erbabına işten ayrılma, emekli olma, dava açılmaması gibi nedenlerle karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi ödemeler, kıdem tazminatı ile birlikte istisna kapsamına alınabilmektedir. Dolayısıyla ikale sözleşmesi kapsamında yapılırsa dahi ek tazminat niteliğinde olmayan ihbar tazminatı, normal ücret, yıllık izin ücreti, geçmiş veya mevcut dönemdeki çalışmalar karşılığı yapılan hizmet primi ve ikramiye

Bu itibarla kıdem tazminatı ücret gelirlerinden istisna tutulmuştur. İstisna tutulan miktar başka deyişle kıdem tazminatı tavan tutarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçmemektedir. 2022 yılı birinci altı aylık dönemi (1 Temmuz 2022- 31 Aralık 2022 arası) kıdem tazminatı tavanı tutarı 15.371,40 TL’dir. <https://www.pwc.com.tr>, Erişim Tarihi: Ağustos 2022.

³¹ 7103 sayılı Kanunla 193 sayılı Kanunun 25. maddesinin 1. fıkrasının yeniden düzenlenen 7 numaralı bendinin (a) alt bendi ile 1475, 854 ve 5953 sayılı kanunlara göre ödenen kıdem tazminatlarına uygulanacak istisnaya ilişkin düzenleme ise aynen korunmuştur.

³² 303 No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, RG, T.11/06/2018, S. 30448.

ödemeleri, yemek ücreti ile ücret kapsamında olan benzeri bu ödemeler kapsamında bulunmamaktadır.

Anılan tebliğin 11/2. maddesinde “1475 ve 854 sayılı Kanunlar uyarınca bu Tebliğin 10. maddesinde belirtildiği şekilde hesaplanan kıdem tazminatı tutarı dışında, birinci fıkrada sayılan ilave bir tazminat ödemesi yapılması halinde, bu ödemenin; bu tutar ile kıdem tazminatı tutarı toplamının, en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşmayan kısmı istisnaya konu edilecektir.” denilerek, ikale sözleşmesi ile belirlenen miktarın gelir vergisi istisnasına konu edilebilecek azami tutarı belirlenmiştir.³³ Buna göre, ikale sözleşmesinin varlığı durumunda, ödenecek vergi miktarı sözleşmede kıdem tazminatının kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına göre değişecektir. Kıdem tazminatının ikale ile birlikte varlığı durumunda, vergisel istisna ikale ve kıdem tazminatının toplam değeri üzerinden değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede, söz konusu toplam iki tutarın en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşan kısmı ancak ücret olarak vergiye tabi tutulabilecektir. Bu yolla ikale sözleşmesi kapsamındaki ödemelerde önceden beri istisna kapsamında olan kıdem tazminatı tutarının hesaplanmasında çeşitli hatalar yapılması ve kesinti tutarının olması gerekenden fazla olması gibi hata bulunması durumlarında, vergilemede hata nedeniyle ilgili vergi dairesine başvurarak düzeltme hükümleri kapsamında yersiz kesilen verginin iadesinin talebi ve yargıya başvurma mekanizmalarının yolu açılmaktadır.

Tebliğin 11/4. maddesinde, ikale sözleşmesi ile kıdem tazminatının belirlenmeden ikale miktarının kararlaştırıldığı durumda, tazminat tutarının vergisel durumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme “1475 ve 854 sayılı Kanunlara tabi olarak çalışanlara kıdem tazminatı

³³ Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, iş sözleşmesi 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında olanları kapsamaktadır. Buna göre 3. fıkra, “5953 sayılı Kanun uyarınca kıdem tazminatı ödenen hizmet erbabına, bu tazminat dışında, birinci fıkrada sayılan ilave bir tazminat ödemesi yapılması halinde, bu tutar ile kıdem tazminatı tutarı toplamının, çalışanın son brüt ücreti üzerinden hesaplanan 24 aylık tutarını aşmayan kısmı istisnaya tabi tutulacaktır.” şeklinde düzenlenerek 1475 sayılı Kanun kapsamında olanlardan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylece, çalışanın tabi olduğu mevzuata göre kıdem tazminatına ilişkin istisna tutarının hesabında dikkate alınması gerekecektir.

ödenmediği, ancak birinci fıkrada sayılan bir tazminat ödendiği durumlarda, ödenen bu tazminat tutarının, en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşmayan kısmı, 5953 sayılı Kanuna tabi olarak çalışanlarda ise çalışanın son brüt ücreti üzerinden hesaplanan 24 aylık tutarını aşmayan kısmı istisnaya tabi tutulacak, aşan kısmı ise ücret olarak vergiye tabi tutulacaktır.” şeklindedir. Buna göre, ikale kapsamında ödenen bir tazminat miktarı mevcutsa ve kıdem tazminatı ödemesi yapılmamışsa, ödenen bu tazminat tutarının, en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşmayan kısmı³⁴ istisnaya tabi tutulacak, aşan kısmı ise ücret olarak vergiye tabi tutulacaktır.

İkale sözleşmesi ile belirlenen ek tazminatların ücret kapsamında hüküm altına alınması kanunilik ilkesine uygundur. Söz konusu ek tazminatın kıdem tazminatının istisnaya tabi tutarına eklenerek istisna miktarının belirlenmesi, 7103 sayılı Kanundan önceki duruma göre mükellef lehine görülmele birlikte, istisna kapsamının kıdem tazminatından ayrı olarak değerlendirilmesi ve bu yönde yeni bir düzenleme yapılması mükellef hukukuna uygun olacaktır.

3. 7162 Sayılı Kanunla (GVK Geçici 89. Madde) İle Oluşan Durum

7162 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile 193 sayılı Kanun’a geçici 89. madde eklenerek 27 Mart 2018 öncesinde ikale sözleşmesi ile çeşitli adlar altında yapılan ödemeler nedeniyle daha önce yapılan kesintilere ilişkin uyuşmazlıkların kaldırılması amaçlanmıştır. 27.3.2018 tarihinden önce işten ayrılan hizmet erbabına, karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında yasal haklarına ek olarak ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlardan yapılan gelir vergisi kesintisinin iadesi Gelir Vergisi Kanunu’nun geçici 89. maddesinde şöyle düzenlenmektedir:

Geçici Madde 89 (Ek:18/1/2019-7162/4 md.)

“27/3/2018 tarihinden önce karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı

³⁴ 5953 sayılı Kanuna tabi olarak çalışanlarda ise çalışanın son brüt ücreti üzerinden hesaplanan 24 aylık tutarını aşmayan kısmı.

tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar üzerinden tevkif edilerek tahsil edilen gelir vergisi, hizmet erbabının düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca red ve iade edilir.

Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere vazgeçilen davalarla ilgili olarak yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmez.

Hakkında kesinleşmiş yargı kararı bulunan iade talepleriyle ilgili olarak bu madde hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Yukarda bahsi geçen düzenleme ile 27 Mart 2018 öncesi yapılan ikale sözleşmesi ödemelerinden yapılan kesintilerin iadesi sıkı şartlara bağlanmış bulunmaktadır. Bu şartlar kümülatif olarak aranmaktadır. Buna göre; aranan ilk şart ikalede vergisel iadenin söz konusu olabilmesi için vergi dairesine bir ödeme yapılmış olmasından geçmektedir. Başka deyişle ikale sözleşmesinin 27.3.2018 tarihinden önce düzenlenmiş ve ödemenin de bu tarihten önce yapılmış olması ve ilgili işveren tarafından gelir vergisi kesintisinin yapılarak vergi dairesine beyan edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla 27.3.2018 (bu tarih dâhil olmak üzere) tarihinden sonra hizmet erbabına ödenen ve istisna limitini aşan ek tazminat ödemelerinden kesilen vergilerin iadesi mümkün değildir. İkinci şart ödemenin ek tazminat niteliğinde olması gerektiğidir. Üçüncü şart ise, iade işlemine ilişkin başvurunun Vergi Usul Kanunu kapsamında düzeltme zamanaşımı süresinde yapılması gerektiğidir. Bu süre; gelir vergisi kesintisinin yapıldığı takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak 5 yıldır. Mesela, 2014 yılında ödenen ek tazminatlara ilişkin iade başvuru süresi 31.12.2019 tarihinde dolmuş olduğundan bu tarihe kadar talep edilmeyen iadenin bu tarihten sonra talep edilmesi mümkün değildir. Son şart ise, ilk üç şartın gerçekleşmesi durumunda, dava açmış hizmet erbabı tarafından yerine getirilecek son şarttır ve şekli şart özelliği taşımaktadır. Buna göre, düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde düzeltme başvurusunda bulunan ve düzeltme talebi kabul edilmediği için dava açmış olan hizmet erbabının, mahkemelerde ihtilafı devam eden (henüz kesinleşmeyen) davalarından feragat etmeleri ve buna ilişkin ilgili mahkemeden feragat ettiklerini gösterir şerhli dilekçe örneğini veya bu

belge temin edilemediği takdirde mahkemenin feragat nedeniyle davanın reddine dair vereceği karar örneğini, tarha yetkili vergi dairesine ibraz etmeleri gerekmektedir.³⁵

Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere vazgeçilen davalarla ilgili olarak idare veya davacı lehine ya da aleyhine yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Ancak davacı lehine yargılama gideri ve vekâlet ücretine hükmedilmeyeceğine ilişkin bu hükmün gözden geçirilerek idarenin dava açmaya sebebiyet verdiği bir uyuşmazlık olduğu ve vekilin Avukatlık Kanunu uyarınca (md.164) vekâlet ücretini hak ettiği ön kabulü ile yeni bir düzenleme yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Geçici 89. maddeye ilişkin usul ve esaslar, Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 306 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile "27.3.2018 Tarihinden Önce Karşılıklı Sonlandırma Sözleşmesi veya İ kale Sözleşmesi Kapsamında Ödenen Ek Tazminatlar Üzerinden Kesilen Gelir Vergisinin İadesi" başlıklı 5. bölümde 10. madde ile 15. madde arasında belirlenmiştir. Bu tebliğde ikale sözleşmesi ile iadesi istenebilecek kalemler, iade talebi başvurusu yapılabilecek yerler ve zamanı gibi hususlar üzerinde durulmuştur. İadesi istenebilecek kalemler iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları, bonus ödemesi, hizmet ödülü, prim ve ek ödeme gibi çeşitli adlar altında ödenen ek tazminatlardır. İade talebi başvurusu yapılabilecek yerler tarha yetkili vergi dairesidir ve bu vergi dairesi işverenin muhtasar beyanname yönünden mükellefi olduğu vergi dairesi olup, şubeleri nedeniyle ayrı vergi dairelerinin mükellefi olan işyerlerinde, ilgili şubenin mükellefi olduğu yer vergi dairesidir. İade talebi başvurusu yapılabilecek zaman da sınırlı bir süreyi kapsamamaktadır. VUK'ta düzenlenen düzeltme zamanaşımı süresi dolduktan sonra yapılan başvurular üzerine ret ve iade yapılması söz konusu değildir. Yeni başvurularda 1.1.2014 tarihinden önceki dönemler zamanaşımına uğradığından, bu dönemlere ilişkin başvurular kabul edilmeyecektir. Düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde yapılmış olması şartıyla, maddenin yürürlüğe girdiği 30.1.2019 tarihinden önce yapılan ve düzeltme veya şikâyet aşamasında bulunan düzeltme talepleri üzerine de gerekli ret ve iade işlemleri yapılacaktır.

³⁵ 306 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, RG, T.15.03.2019, S. 30715.

Söz konusu geçici düzenleme ile mükelleflerle idare arasındaki bu ihtilafların sonlandırılması yoluyla idarenin ve yargının iş yükünün azaltılması, bütçeye yük oluşturan faiz, yargılama giderleri ve vekâlet ücreti ödemelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Vergi idaresinin iade başvurusunu inceleme yetkisinin süreye bağlanması, süreye riayet etmemesi durumunda vergi idaresinin sorumluluğunun açıkça belirlenmesine ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi ve 27 Mart 2018 öncesi yapılan ikale ile vergisel kesintisinin iadesine ilişkin uyuşmazlığın yargıda bulunması durumunda davacının feragati ile vekâlet ücretine hak kazanılacağına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi devletle dikey ilişki içinde bulunan mükellef lehine olacaktır ve mükellef haklarının gelişimini sağlayacaktır.

III. İ KALEDE VERGİ İ ADESİ VE HUKUKİ SORUMLULUK REJİMİ

A. Hukuki Sorumluluk Rejiminin Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Özel hukuk alanında zarar veren kişi, verdiği zararı malvarlığındaki bir değeri zarar görenin malvarlığına geçirerek rızaen yapabilir veya zararı kendi rızasıyla tazmin etmemesi durumunda tazmin devlet eliyle cebren yapılabilmektedir. Bu durumda borcun cebren tazmini özel hukuk kurallarına göre olur. İ darenin kişilere verdiği zararlar ise özel hukuk alanından farklı olarak kamu hukuku kurallarına göre tazmin edilir ve uyuşmazlık idari yargıda çözümlenir. Başka bir deyişle, idarenin bir kişiye kamu hukukuna tabi bir faaliyeti ile verdiği zararın, idarenin malvarlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına cebri olarak aktarımı yoluyla tazmin edilmesi idari sorumluluk kavramını ortaya çıkarmaktadır.³⁶ İ dari sorumluluk hukuki (mali) sorumluluk çeşididir ve malvarlığı sorumluluğudur.

İ dari sorumlulukta kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki tür bulunmaktadır. Kusur sorumluluğunda idarenin tek yanlı işlemlerinde (idari kararlar) bir hukuka aykırılığın varlığı, kusurun

³⁶ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İ dare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 740-741.

varlığına delalet etmektedir. Yani hukuka aykırılık, bir kusur teşkil eder.³⁷ Bu nedenle, yargı kararlarıyla kabul edilmiş bulunan ve kusurun varlığını ilk olarak araştırılması anlamını taşıyan idarenin kusurdan doğan sorumluluğunda da önceliklilik ilkesi bulunmaktadır.

2. İdari Sorumluluğun Bağımsızlığı

İdari sorumluluğun temeli, idarenin vermiş olduğu zararı tazmin etme gerekçesidir.³⁸ Bu gerekçeler, nimet ve külfetlerde eşitlik ilkesi, imkân ve fırsat eşitliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi ve hukuk devleti ilkesidir.³⁹ Diğer gerekçeler bir yana bırakılırsa idari sorumluluk konusunda en kapsamlı olanı hukuk devleti ilkesidir. Nitekim, hukuk devleti ilkesinin devlet ve kamu tüzel kişilerinin hukukla bağlı olması şeklindeki formel işlevi yanında, adalet idesine yönelen maddi bir yönü de bulunmaktadır.⁴⁰

İdari sorumluluk, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli Blanco kararı ile özel hukuktan bağımsız ve kendine özgü kuralları olduğu içtihat edilmiştir.⁴¹ Başka deyişle idari sorumluluk, idare ile kişilerin haklarının uzlaştırılması veya dengelenmesi ve kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda özel hukuktan ve adli yargıdan bağımsız kendine ait ilkeleri olan bir sorumluluk türüdür. İdari sorumluluğun kamu hukuku kurallarına tabi olması beraberinde kanunun açık bir düzenlemesi bulunması durumunda istisna getirebileceği sonucunu doğurmuştur.

Ülkemizde idarenin kamu gücü ayrıcalıkları ile yaptığı faaliyetler sonucu verdiği zararlar idari yargı kolunda -kamu hukuku kurallarına göre- idare mahkemesi kararıyla tazmin edilebilmektedir. Dolayısıyla idari uyuşmazlıkta özel hukuktan ayrı özellikler barındıran idare hukuku uygulanmaktadır. İdare hukukundan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir.

³⁷ Gözler/Kaplan, s. 750.

³⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara, 2015, s. 738.

³⁹ Çağlayan, s. 739.

⁴⁰ OZANSOY, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989, s. 31.

⁴¹ Çağlayan, s. 741.

3. İ kaleden Do ğ an Vergi Alaca ğ ının İ dari Sorumluluk İ lkesine G ö re Tazmin Edilece ğ i

Vergide kanunilik ilkesi uyarınca vergiyi do ğ uran olay ile başlayan, verginin tarhı, tahakkuku ve tahsili ile sona eren vergilendirme aşamaları bulunmaktadır. Vergide tarh ve tahakkuk aşamaları Vergi Usul Kanununda, tahsil aşaması ise Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca bu usul kodları yoluyla dzenlenmiştir. Bu aşamalarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar, idari uyuşmazlık olarak kabul edilmekte ve idari yargı içinde örgütlenen vergi yargısında çözümlenmektedir. Vergi yargısına i lişkin mevzuatı, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İ dare Mahkemeleri, İ dare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (BİMVK) ve 2577 sayılı İ dari Yargılama Usulü Kanunu (İ YUK) oluşturmaktadır.

Vergi kamu hukuku borç i lişkisidir.⁴² Vergi sorumlulu ğ u da kamu hukuku i lişkisini gerektirdi ğ inden kanunlarla belirlenmektedir. Muhatap, tarihyatın muhatabı gibi terimler kullanılsa da vergi sorumlulu ğ u vergiyi do ğ uran olayı kişili ğ inde gerçekteştirmeyen üçüncü kişinin başkasının borcunu ödemek veya şekli ödevlerini yerine getirmek zorunda olması şeklinde ifade edilmektedir.⁴³ Vergi Usul Kanununa göre vergi sorumluları kanuni temsilciler, vergi kesenler ve mirasçılardır. Vergi kesen sıfatına sahip işveren ikale ile ilgili ödemeyi vergi idaresine beyan etmektedir. Hizmet erbabı bu kesintiye i lişkin bir hukuka aykırılık iddiasında ise, uyuşmazlık idari yargılama hukukuna hâkim ilke ve kurallar çerçevesinde çözümlenebilecektir.⁴⁴ Buna göre, hizmet erbabı İ YUK'un 7. maddesi gere ğ ince istihkak sahibi olarak ödemenin kendisine

⁴² ÖNCEL, Mualla: Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Arma ğ an, AÜSBF Yayını No: 522, 1983, Ankara, s. 45 (ss. 39-55).

⁴³ Saban, s. 115.

⁴⁴ VUK'un md. 378/1. fıkrasında vergi mahkemesinde dava açabilmek için dava konuları belirlenmiştir. Buna göre dava açabilmek için tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması lazımdır. İ dari davalar ve vergi davalarının niteli ğ i hakkında geniş bilgi için bkz. CANDAN, Turgut: Açıklamalı İ dari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2022; AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil: Türk İ dari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2021.

yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren vergi mahkemesinde 30 gün içinde dava açma hakkı bulunmaktadır. Mükellef tarafından açılan davanın kabulü yönünde karar çıkarsa vergi dairesinin işlemi iptal edilerek tarhiyatın terkinini, ödenmiş verginin iadesi gibi işlemlerin kaldırılması yönünde hüküm kurulmaktadır.

B. Vergi İadesinde Faiz Uygulanması Sorunsalı

1. Genel Olarak

Vergi mükellefinden fazla veya yersiz tahsil edilen ya da vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz ödenmesine ilişkin düzenleme devletin kendi alacaklarına ilişkin faiz almasına yönelik yaptığı faiz düzenlemesinden yaklaşık 13 yıl sonra -1999 yılında-yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından devletin gecikme faizi almasının eşit olmayanların eşitsizliği anlamında zorunluluk teşkil ettiği, mükellefe iadede faiz ödenmemesinin ise anayasaya aykırılığının bir eksik düzenleme durumu olduğu gerekçesiyle incelenemeyeceği “...Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir... Devlete ödenmesi gereken bir vergi borcunu vaktinde ödemeyen yükümlü, bu parayı başka amaçlarla kullanmakta ve çeşitli yararlar sağlamaktadır. Buna karşılık devlet, vergi gelirlerinin bir kısmından yoksun kalmakta ve bu durumda ya harcamalarını kısımak veya borçlanmak zorunda kalmaktadır. Harcamaların kısılması durumunda toplum bazı devlet hizmetlerinden yoksun kalmakta, devletin borçlanması durumunda ise devlet hizmetlerinin maliyeti artmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁵ Bu itibarla Danıştay kararlarında Anayasa Mahkemesi’nin kararına uygun davranılmış ve genel hükümler yoluyla mükellefe iadede faiz uygulanabileceği göz ardı edilerek, bu konuda bir kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle faiz talepleri reddedilmiştir.⁴⁶ Bu durum 1999 yılına değin sürmüştür. Daha sonra VUK’un 112. maddesinde yapılan kanuni düzenleme ile mükellefe yapılacak vergi iadelerinde belirli şartların varlığı durumunda tecil faizi oranında hesaplanan faiz şeklinde

⁴⁵ AYM, T. 27.09.1988, E. 1988/7, K. 1988/27.

⁴⁶ Candan, s. 191. Örnek mukabilinde bkz. D3D, E. 1992/1866, K. 1993/3667, T. 14.12.1993; D9D, E. 1996/519, K. 1996/1886, T.23.05.1996.

ödeme durumu getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi gerek AİHM Kararlarında yer verilen mükellefe iadesi gereken vergilerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi, gerekse hukuk devleti ilkesi gereğince VUK'un 112. maddesinin 4. fıkrasını iptal kararı vermiş ve iptal kararının vergi iadesine hak kazanan mükelleflerin mülkiyet haklarında mevcut durumlarından da geriye gitmesini engellemek üzere Resmi Gazete'de yayımından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.⁴⁷ 6322 sayılı kanunla 15.06.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere VUK'un 112. maddesinde değişiklik yapılmış; böylece 4. fıkra yeniden düzenlenmiş⁴⁸, maddeye konuyla ilgili 5. fıkra eklenmiş⁴⁹ ve sonraki fıkra ise bu fıkradan sonra gelecek şekilde numaralandırılmıştır.

Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin neleri kapsadığı konusu tartışmaya açık olmakla birlikte fazla tahsil, idarenin kusuruna dayanmayan bir şekilde verginin mükellef tarafından kusurlu ya da kusursuz şekilde fazla olarak ödenmesi hallerini kapsarken, yersiz tahsilde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu vergi tahsilâtı söz konusu olmaktadır. Yersiz tahsil, idarenin vergiyi hukuka aykırı olarak tahsil ettiği durumları ifade etmektedir. Fazla ve yersiz tahsilin ikisi birden, haksız tahsil olarak kabul edilebilir.⁵⁰ Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergi ise kanunda öngörülen bir düzenleme çerçevesinde tahsil

⁴⁷ AYM, T. 10.2.2011, E. 2008/58, K. 2011/37.

⁴⁸ VUK'un md 112/4. fıkrası şöyledir: “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir*”.

⁴⁹ VUK'un md 112/5. fıkrası şöyledir: “*Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir*”.

⁵⁰ Başaran Yavaşlar, s. 94; Karakoç, Vergi İdaresince, s. 389; Üstün, 183, 214; Candan, s. 193; ERMUMCU s. 151, 153, 155.

edilmiş bulunan ve şartları gerçekleştiği için iade edilmesi gereken vergiyi ifade etmektedir.⁵¹

2. İade Faizi ve Gecikme Faizi

Faiz, borçlu bakımından parayı belli süre kullanmanın bedeli niteliğindeki, alacaklı bakımından ise paradan belli bir süre mahrum kalmanın karşılığı olarak ortaya çıkan hukuki bir ürün olmakta ve paranın değer kaybının telafisinin aracıdır.⁵² AATUHK'ta düzenlenen gecikme zammı, tecil faizi, AYM kararı ile iptal edilen haksız çıkma zammı,⁵³ VUK'ta düzenlenen gecikme ve iade faizleri ile İdarî yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK'ta) düzenlenen infazın gecikmesi dolayısıyla idarenin ödemesi gereken faiz, asıl borcun varlığı halinde işleyen ve ona bağlı olan fer'i borç niteliğinde kanunî faizlerdendir.⁵⁴

⁵¹ VUK'un md. 112/5. fıkrasında iade edilmesi gereken vergilerle ilgili bir düzenleme bulunmaktadır ve aynen korunduğu söylenmiştir. Ancak sadece özel durumlarda ve vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz konusunu düzenlemektedir. Buna göre, katma değer vergisinin iadesi veya sene içinde tevkifat yoluyla tahsil edilmiş olan verginin sene sonunda ödenecek vergiden fazla olması ya da geçici vergiden doğan iadeler gibi sebeplerle fazla tahsilin iadesi, örnek olarak gösterilebilir. Bu sebeple yapılacak iadenin kapsamında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır Bu bakımdan bu fıkra üzerinden değerlendirme yapılmamaktadır. Yaltı, s. 4; Başaran Yavaşlar, s. 94; Ermumcu, s. 151-152; Candan, s. 193, Üstün, 184, 214-218; Karakoç, Vergi İdaresince, s. 389.

⁵² ÇÖLGEZEN, Övül: Gecikme Faizinin Niteliği, Vergi Dünyası, S. 354, Şubat 2011, s. 77, (ss.77-81).

⁵³ 03.02.2011 tarihli ve 2009/83 Esas, 2011/29 Sayılı kararıyla düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar veren AYM, tekrar incelenebilirlik şartı olan 10 yıl geçmesinden kısa bir süre sonra AATUHK'nın 58/5. fıkrasında yer alan bu düzenlemeyi mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle oyçokluğu ile iptal etmiştir. AYM, T. 21.04.2022, E. 2021/119, K. 2022/48; RG, T. 02.08.2022, S. 31911. Buna ilişkin tespitlerin yer aldığı AYM kararı için bkz: AYM Başvuru No.2019/4408, RG. T. 03.08.2022, S.31912.

⁵⁴ CANDAN, Turgut: Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Alacaklardan Sorumluluğu, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 47, 54. Asıl ve fer'i kamu alacakları hakkında geniş bilgi için bkz. BALCI, Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması, On iki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s.173-198, 832, 853;

Gecikme faizi, 01.01.1986'da yürürlüğe giren 3239 sayılı kanunla VUK'a (md.112) eklenmiştir. Kanunun genel gerekçesinde devletin vergi alacağını zamanında tahsil edememesi halinde kamu hizmetlerinin aksayacağı, mükelleflerin vergilerini zamanında ve eksiksiz olarak ödemelerinin sağlanarak mükellefler arasında ortaya çıkabilecek eşitliğe aykırı durumların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.⁵⁵ Böylece, tahakkukun gecikmesine bağlı olarak devletin zaman kaybı dolayısıyla uğrayacağı zararın telafisi mümkün hale gelmiştir.⁵⁶ Gecikme faizi sadece re'sen, ikmalen ve idarece tarh edilen vergilerde, tahakkuk aşamasındaki gecikme dolayısıyla alınmasından dolayı, ceza niteliği taşımamakta ve verginin tazmini amacıyla alınan ek bir malî yükümlülüktür.⁵⁷ Uygulamada ise gecikme zammının cezai bir kimliğe dönüştüğü durumlar görülmektedir.⁵⁸

KARAKOÇ, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 83-84.

⁵⁵ 3239 Sayılı Kanun'un gerekçesi, www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler, s. 116, erişim: Mayıs 2022.

⁵⁶ VUK'un 112/3. maddesinde düzenlenen gecikme faiziyle ilgili hüküm, anayasaya aykırılık iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirildiğinde yüksek mahkeme kararında gecikme faizinin bu niteliği üzerinde durmuştur.

⁵⁷ KUMRULU, Ahmet: Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, S. 1-4, T. 1988, s. 239; Sonsuzoğlu, s. 73.

⁵⁸ Mevcut uygulaması ile gecikme faizi bir mali yaptırımdan öte bir cezai yaptırım niteliği taşımaktadır. Gecikme faizi oranı genel olarak piyasa faiz oranından çok yüksek olarak belirlenmektedir. Özellikle ilave tarhiyatın normal vade tarihinden 3-4 yıl sonra yapılması halinde, gecikme faizi tutarı vergi zıyaı cezasından daha ağır külfet oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu niteliği itibarıyla gecikme faizi fiilen ceza hüviyetine bürünmektedir. Bu durum da gecikme faizinin, vergi cezalarında olduğu gibi mükellefin kusuruna bağlı olarak uygulanmasını gerekli kılar. ÜREL, Gürol: Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Ankara 2007, s. 221-222. TÜİK verilerine göre TÜFE Temmuz 2022 dönemi için bir önceki yılın aynı ayına göre %79,60 ve on iki aylık ortalamalara göre %49,65 olarak gerçekleşmiştir. Bu veriler ışığında gecikme faizi ve gecikme zammı oranının Devlet gelirlerinin enflasyona karşı korunması amacına hizmet edecek şekilde belirlenmesi, bu amacı aşacak şekilde bir cezalandırma aracına dönüştürülmemesi ve diğer ekonomik enstrümanlar ile desteklenecek

Diğer yandan, mükelleflerin de çeşitli sebeplerle ödemiş oldukları ve kendilerine iadesi gereken vergiler bakımından zamana bağlı değer kayıpları söz konusu olabilmektedir. Mükelleften fazla veya yersiz alınan vergilerin iadesine ilişkin devletin sorumluluğuna gidilecek düzenleme, devletin tahakkukun gecikmesi dolayısıyla alacağına gecikme faizi düzenlemesinden 13 sene sonra yürürlüğe girmesi, devletin sorumluluğunun mükellefin uğradığı zararın bir kısmını telafi etmeye yönelik olması, mükellefin zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kaldığında bu zararın giderileceğine ilişkin güven içinde olma ve devlete olan güvenin sarsılmasına yol açmaktadır.

İade faizi olarak belirlenen tecil faizi mükelleflerin vergi borçlarını ertelemesi halinde uygulanan bir faiz olup oranı, her zaman gecikme faizi / zammı oranından düşük olmuştur.⁵⁹ Mükelleflerin enflasyonist etkilerden görece korunmasını ve idarenin iade için harcayacağı zaman kaybının yol açtığı aşınmayı önlemek ve böylece mükellef hukukunun tam korunmasını sağlanması açısından, kanun yapma tekniğine uygun olarak gecikme faizinin uygulanma şartlarına paralel düzenlemeler yapılması icap etmektedir.⁶⁰ Başka deyişle, kamu yararı ile mükellef yararı arasındaki makul ve adil dengenin sağlanması yönünde adımlar atılmaya devam edilmelidir.

Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerde ise faizin başlama tarihi, mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihe bağlanması yerine, hukuki güvenlik ilkesi gereği en kötü ihtimalle faizin başvurudan itibaren hesaplanmasının esas alınması olumlu bir adım olacaktır. Devlet ödemelerinin belirli bir prosedür süzgecinden geçirildiği göz önüne alındığında, İYUK'un md.

şekilde belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. tuikweb.tuik.gov.tr, erişim tarihi: Ağustos 2022.

⁵⁹ Gecikme faizi / zammı, temerrüt faizi ve tecil faizinin yıllar içindeki oransal değişimi ve karşılaştırmasına ilişkin grafik için bkz. ORGAN, İbrahim / SEVİNÇ CEYHAN, Cansu: Gecikme Zammı Ve Gecikme Faizinin Hukuki Niteliği Ve Uygulaması, PIBYD, C.7, S. 1, T. 2020, ss. 120-134, s. 129-130.

⁶⁰ Oysa Danıştay, Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilerek % 1 oranında katma değer vergisine tabi olan konutlar için VUK md. 112/3. fıkrasından hareketle, ödenen KDV'nin verginin tahsil edildiği tarihten itibaren hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte iadesine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. D9D, T. 9.10.2019, E. 2016/13442, K. 2019/4483.

28/6. fıkrada yer alan düzenlemeye benzer şekilde ve mükellefe tanınan sürelerin kısalığından mütevellit, idarenin iadeyi ivedi şekilde yapmak zorunda olduğu ve bu sürenin 1 ayı geçmeyeceği, geçmesi durumunda iade faizinin yine işleyeceği şeklinde düzenlenmelidir.

3. Faizin Hesaplanma Süresi

Vergi iadesinde faiz, kısa ve yetersiz bir zaman aralığı için uygulanmaktadır. Vergi borcuna ilişkin ödemeye konu gecikme faizinde ise, vergi alacağının ilgili kanunlarda belirtilen normal vade tarihinden, tarhiyatın tahakkuk ettiği tarihe kadar geçen süre için uygulanmaktadır. Mükellef alacağı için yukarıda bahsedildiği üzere benzer nitelikte veya paralel bir düzenleme bulunmamaktadır.

VUK'ta esasında mükellefin kusurlu olup olmamasına göre iki farklı düzenleme yapılmıştır.⁶¹ Mükellefin kendi hatasından kaynaklanan hallerde faiz, müracaat tarihinden itibaren başlamaktadır. İdare tarafından kaynaklanan sebeplerle fazla veya yersiz tahsilde, tahsil tarihinden itibaren işlemektedir. Kanun gereği iadesi gereken vergilerde ise faizin başlama tarihi, mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takiben idareye tanınan üç aylık sürenin sonudur.

Mükellefe iade edilecek vergilerde; gerek mükellefin kendi hatasından kaynaklanan hallerde, gerek idare tarafından kaynaklanan sebeplerle fazla veya yersiz tahsil halinde, gerekse vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerde faiz işlemesinin biteceği tarih, düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarih olarak belirlenmiştir. VUK'un 112. maddesinin 4. ve 5. fıkrasında yer alan ve her üç iadede de faizin hesaplanacağı son tarih olarak mükellefe düzeltme fişinin tebliğ edildiği tarih olarak belirlenmesi, mükellefi düzeltme fişinden sonra iadenin yapılması durumunda düzeltme fişinin tebliği ile fiili iade tarihi arasında işlemesi gereken iade faizi kadar korunaksız bırakılmaktadır. Bu nedenle düzeltme fişinin tebliği ile fiili iade tarihi arasında iade faizinin işleyeceğine ilişkin kanuni düzenleme, hukuk devleti açısından

⁶¹ TAŞKIN, Yasemin / SONSUZOĞLU, Elif: Gecikme Faizinde 6322 Sayılı Yasa İle Yapılan Düzenlemelere İlişkin Düzenlemeler, İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Seri: 56, y.2011/2, s. 13, (ss.1-17).

gerekliliktir. Söz konusu iadenin de gün bazlı olması muhtemel adaletsizliği önleyecektir.

VUK'un 112. maddesinin 5. fıkrası ile vergi kanunlarına göre iadesi gereken vergilere faiz uygulanabilmesi için ilgili bilgi ve belgelerin yükümlü tarafından idareye eksiksiz olarak teslim edildiği tarihten itibaren 3 ay beklenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, idareye mükellefin vergi borcunun bulunması durumunda mükellefe tanınmayan üç aylık bir faizsiz bir süre tanınmaktadır. İdareye tanınan normal işlem süresi bir bakıma idarenin vade tarihi olarak tanımlanabilir.⁶² Bu sürenin mükellefe işlemlerinde tanınan 30 günlük veya 1 aylık süre miktarına indirilmesi uygun olacaktır.

İade faizinin başlangıcı ve bitişine ilişkin sorunlardan bir başka durum, vergi iadesinin dava konusu yapılması durumunda mükellefin talep edeceği faizin hesaplanacağı süre konusunda tereddüdünün bulunmasıdır. Bu durum vergi iadesine ilişkin düzenlemenin eksik ve yanlış adreste yapılması ve kanun yapma tekniğine uygun olarak yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de idare hukukunun yerleşik içtihatlarından taleple bağlılık ilkesi sonucu, mahkemece davacının talep sonucu ile bağlı kalmak suretiyle istemin genişletilmesi, daraltılması veya talep edilmeyen bir konuda karar verilmesi mümkün olmamaktadır. Böylece iade fazinde faizin başlangıcı olarak verginin tahsil tarihi yerine düzeltme başvurusunu veya dava açma tarihini esas alarak faiz isteminde bulunulması durumunda, mükellefin yaptığı ödemedi hazineye kaldığı süre içinde elde etme ihtimali bulunan getirisini tam olarak elde edemeyecektir.⁶³

4. İade Faizinin Türü

İade faiz oranı, gecikme faizi/zammı oranı yerine tecil faizi oranına bağlanmıştır. Devlet geç tahakkukta normal vade tarihinden itibaren aylık % 2,5 (yıllık % 30) oranında gecikme faizi (VUK md. 112/4), geç ödemede yine vade tarihinden itibaren aylık % 2,5 oranında

⁶² Karakoç, s. 397.

⁶³ Danıştay, davacı tarafından düzeltme başvurusundan itibaren tecil faizi uygulanması talep edilmekle birlikte, ödeme tarihinden itibaren yasal faiz ödenmesine ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur. D9D, T. 15.5.2019, E. 2016/18628, K. 2019/2145.

gecikme zammına (AATUHK md. 51) derhal hak kazanmaktadır.⁶⁴ Tecil faiz oranının ise düşük belirlenmesi mümkündür. Nitekim, yıllık % 19 olarak uygulanmakta iken 31.12.2019 tarihinden itibaren yıllık % 15'e indirilmiştir.⁶⁵

Vergi yargısı ise iadesi gereken vergilerin, tahsil tarihinden itibaren faiz hesaplanarak mükelleflere geri verilmesinin gerektiği yönünde kararlar vermekle birlikte, uygulanacak faiz oranı konusunda Danıştay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Kararların önemli bir kısmı, fazla ödenen tutarın 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'da öngörülen faiziyle iadesi gerektiği yönündedir.⁶⁶ 3095 sayılı Kanun, özel borç ilişkilerinde uygulanması gereken faiz oranlarını düzenlemektedir. Buna göre, kanuni faiz ve temerrüt faiz oranı sözleşmede belirlenmemişse 2022 yılı için % 9, ticari işlerdeki temerrüt faizi oranı ise % 15,75'tir. 3095 sayılı Kanundaki faiz oranının uygulanması halinde daha da tecil faiz oranından düşük bir faiz oranı uygulanması öngörülmektedir.⁶⁷

5. Vergi Yargısında İade Faizi

Mükellefin iade talebinin kaynağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Mükellefin iade talebi, ilişkinin kamu hukuku ilişkisi niteliğini zayıflatmaktadır. Kumrulu, mükellefe vergi iadesinde tazminat

⁶⁴ Önceki gecikme faizi ve gecikme zammı oranı ise % 1,6'dır. 5801 Sayılı CB Kararı, RG, T. 21.07.2022, S. 31899.

⁶⁵ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48. maddesi gereğince tecil edilen kamu alacaklarının tecil ve taksitlendirme işlemlerinde uygulanacak faiz oranının tespit yetkisi Maliye Bakanlığı'na bırakılmıştır. Yıllık % 15 olarak uygulanmakta olan tecil faizi oranı 21.07.2022 tarihinden itibaren yıllık % 24'e yükseltilmiştir. Tahsilat Genel Tebliği (Seri: C, Sıra No:6), RG, T. 21.07.2022, S. 31899.

⁶⁶ "İadesi gereken tutar yönünden vergi idaresi ile davacı arasındaki ilişki, iadenin yargı kararıyla hüküm altına alınması nedeniyle yönetilen-idare ilişkisi olmaktan çıkarak, bir borç ilişkisine dönüşmüştür." D3D, T.16.9.2013 E. 2010/3898, K. 2013/3423, Hatipoğlu, s. 443.

⁶⁷ Danıştay, yargı kararı ile ortaya çıkan iadelerde tecil faizinin uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tereddüdün ortadan kaldırılarak, taleple bağlılık ilkesinin çiğnenmediğini, özel hükmün genel hükme önceliğinin bulunduğu şeklindeki gerekçe ile yasal faizden anlaşılması gerekenin tecil faizi olduğu kararına varmıştır. DVDDK, T. 10.03.2021, E.2021/1, K. 2021/3, RG, T. 09.09.2021, S. 31593.

olarak faiz verilmesini, sebepsiz zenginleşme bakımından ortaya çıkan bir zorunluluk olarak nitelemektedir. Karakoç, iade taleplerinin kamu hukukundan kaynaklanan vergi ilişkisine dayandığını ve sorunun düzenlemenin noksan ve yanlış adreste yapılmış olmasından kaynaklanmasından dolayı yaşandığını savunmaktadır.⁶⁸ Yargı kararı üzerine vergi iadesinde faiz konusunda esas düzenlemenin açık şekilde ve AATUHK’da düzenlemesi gerektiğini düşünmektedir. Diğer görüş, açık bir düzenlemenin aynı gerekçelerle İYUK’ta düzenlenmesinin kanunlar sistematğine uygun olacağı yönündedir.⁶⁹ Bir başka görüş, temelde yargısal bir görüş olup vergi iadesi talebinin kamu hukuku ilişkisi olduğundan mütevellit, idarenin sorumluluğu için kanunî düzenlemeye gerek bulunmadığı yönündedir.⁷⁰ Bu, “yasa ekranı”nın arkasına geçildiği ve hukuk devletinın esas alındığı şeklinde yorumlanmaktadır.⁷¹

VUK’nun 112. maddesinde yargı kararlarına göre red ve iade edilmesi gereken vergiler için açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte yargı kararına dayanan iadelerde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda tereddüt bulunmamalıdır. Bunun dayanağı olarak birkaç durum gösterilebilir. Verginin yargı kararları sonucunda fazla veya yersiz tahsil edildiği hüküm altına alındığından madde metninde yer alan “*fazla veya yersiz tahsil*” ibaresi, yargı kararlarına göre red ve iade edilmesi gereken vergileri de kapsadığı sonucuna varılır. Bir diğer bakış açısı; madde düzenlemesinde iade faizine hükmedilmesi için yargı kararına dayanıp dayanmaması üzerine bir ayrıma gidilmemiştir. Ayrıca son düzenleme ile iade edilecek vergilerin sadece vergi hataları kapsamında tahsil edilen vergiler olması şartı kaldırılmıştır. Bu nedenle, iade edilecek vergilerde hataen veya hata dışında herhangi bir sebebin bulunması yeterli koşul görülmüştür.⁷²

⁶⁸ Kumrulu, s. 249; Karakoç, Vergi İdaresince, s. 391-392.

⁶⁹ Hatipoğlu, s. 445.

⁷⁰ Bu görüşe karşı çıkanlar, VUK’un faiz ödenmesine ilişkin VUK’un 112/4. maddesi (eski hali) hükmü bulunduğu sürece Anayasa’dan kaynaklanan genel sorumluluk kurallarına gidilemeyeceği ve böylece yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz ödenemeyeceği ileri sürülmekteydi. Başaran Yavaşlar, s. 98, 101.

⁷¹ Yaltı, s. 5-6. Söz konusu gerekçe ile eşitlik ve adalet ilkeleri gereğince gecikme faizi uygulanması gerektiğine ilişkin karar örneği için bkz. D7D, T. 29.11.2005, E. 2002/1901, K. 2005/2955.

⁷² Bu yönde tereddüdü ortadan kaldıran karar için bkz. DVDDK, T. 10.03.2021, E.2021/1, K.2021/3, RG, T. 09.09.2021, S. 31593.

İYUK'un md. 28/6. fıkrası, vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye AATUHK'nın 48. maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz hükmünü düzenlemektedir. İlgili hüküm, ret ve iade edilmesi gereken vergiler için söz konusu olmakla birlikte, sadece mahkeme kararının sonrasına ilişkin bir iade faizini düzenlemektedir. Bu düzenleme kararın idareye tebliğinden sonraki zaman dilimi ile ilgilidir. Başka deyişle bu hüküm, iadeye konu verginin tahsil tarihinden mahkeme kararına kadar süreci kapsamamakta ve karar derhal yerine getirilse bile mükellefin zararı yine mevcut kalmaya devam etmektedir. İYUK'un 28. maddesi tek başına mükellefin zararlarını karşılamaya yetmemektedir.

C. İkalede İade Faizi

1. Genel Olarak

İkale sözleşmesi kapsamındaki tahsilatlarda/ödemelerde vergi iadesine konu birçok durum oluşabilmektedir. Sık karşılaşılan durumlardan biri istisna kapsamında olan kıdem tazminatı tutarının hesaplanmasında çeşitli hatalar yapılabilmesidir. Bu durumda da gelir vergisi kesinti tutarı olması gerekenden fazla hesaplanabilmekte ve işçi bu kapsamda mağdur olabilmektedir. Bu mahiyetteki hatada, vergilemede hata nedeniyle ilgili vergi dairesine başvurarak düzeltme hükümleri kapsamında yersiz kesilen verginin işçiye iadesi talep edilebilecektir.

Vergi idaresi, işçiye vergi iadesinde iade miktarında asıl vergi alacağı ile yetinmemelidir. Nitekim VUK'un md. 112/4. fıkrası uyarınca ikale ile iş akdi sonlanan işçiye hukuka aykırı tahsil edilen gelir vergisinin geri verilmesinde faiz uygulaması mümkün olabilecektir.⁷³

Haksız olarak tahsil edilen verginin iadesi üzerine, iade edilen vergiden bağımsız olacak şekilde ve tek başına faizin istenebilirliği, idari sorumluluk ilkesi uyarınca mümkündür. İade faizi, asıl alacağı bağlı

⁷³ İkale sözleşmesi lehdarı davacı tarafından mevduata uygulanan en yüksek faiz oranına göre hesaplanacak faiz talep edilmekle dava konusu ayrılış paketi üzerinden yapılan gelir vergisi kesintisinin düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre içinde kullanımından mahrum kalınan tutarın 6183 sayılı kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ile birlikte iadesine hükmedilmiştir. İstanbul BİM 1VDD, T. 3.7.2020, E. 2020/987, K. 2020/725.

olduğundan, asıl alacağın iadesine ilişkin düzenlenen düzeltme zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla, iadeden ayrı olarak düzeltme ve şikâyet yoluna başvurulmasında hukuki engel bulunmamaktadır.⁷⁴

2. Yargı Kararı ile Kesinleşen Mükellef Alacağında İade

1475 Sayılı İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatının tamamı gelir vergisinden istisna tutmaktadır. Kıdem tazminatı ödemesinin tavan tutarı emredici hüküm olarak belirlenmiş ve bu tutarın özel sözleşmelerle değiştirilmesinin önüne geçilerek tazminatın yıllık miktarının, en yüksek Devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesi tutarından fazla olamayacağını açıkça belirlenmiştir.⁷⁵ 1475 Sayılı Kanunla belirlenmiş tutar vergi uygulamaları bakımından “kıdem tazminatı tutarı” olarak kabul edilmekte, ikale sözleşmesi ile fazladan bir tutar belirlenmiş olmasının ise hukuken bir hükmü bulunmamaktadır. Bu itibarla, istisnaya tabi ödenmesi gereken kıdem tazminatından gelir vergisi kesintisi yapılması durumunda hukuka aykırı gelir vergisi kesintisinin açık bir vergilendirme hatası olması nedeniyle düzeltme ve şikâyet yoluna konu edilebilecek ve ardından dava konusu yapılabilecektir. VUK’un 112. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tahsil tarihinden itibaren AATUHK’ya göre belirlenen tecil faizi ile birlikte iadesi gerekmektedir.

Ücret veya farklı ad altında ödenip ücret niteliği taşıyan ödemelerin de tevkifata tabi olduğunun düzenlenmiş olması karşısında ücret niteliği taşımayan ve davacının işine son verilmesi nedeniyle yapılan ödemenin hangi ad altında yapıldığının vergisel açıdan bir önemi bulunmadığı gibi, işverenin kanuni sorumluluğu ve zorunluluğu olmadan yapılmış olması da tevkifata tabi tutulmasını gerektiren bir durum değildir. Mesela, şirketin dava konusu kesintinin ait olduğu tazminatı işsiz kalan davacıya yasal zorunluluk olmadan işsizlik sebebiyle yardım amacıyla ödeme yapması durumunda, işine son verilen çalışana yapılan

⁷⁴ DVDDK, T. 02.03.2022, E. 2022/1, K. 2022/4, RG, T. 10.05.2022, S. 31831.

⁷⁵ İşçilere ödenecek kıdem tazminatı tavan tutarları, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü’nün mali ve sosyal haklara ilişkin genelgeleriyle yıllar itibarıyla tespit ve ilan edilmektedir.

ödemenin hizmet karşılığında yapılması da söz konusu olamayacağı gibi, bu ödemenin ücret niteliği taşımadığı da açık olacaktır.⁷⁶

İ kalede belirlenen tutarın ne kadarının kıdem tazminatı ve ek ödeme olduğunun belirli olmadığı durumlarda, mahkemece hangi tutarda kıdem tazminatı ve işsizlik tazminatı ödendiğinin ve ödenen tutardan hangi tutarda gelir vergisi kesintisi yapıldığı ve ödenen net tutar alınacak ara karar ile davacıya sorulabilmektedir. Nitekim yasal zorunluluk olmaksızın yapılan ek ödeme tutarının tamamının gelir vergisi kesintisine tabi tutulmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Böylece, ara karara verilen cevap sonucunda bilgi ve belgelerden ikalede yer alan miktarların akıbeti belirlenmiş olabilmektedir.

3. GVK Geçici Md. 89 ile Vergi İ adesinde Faiz

7103 sayılı Kanun'un yayımından önceki dönemlerde ikale sözleşmesi ile öngörülen ödemeler üzerinden gelir vergisi kesintisi yapıp yapılmayacağı konusunda ö zelgeler ve yargı kararlarında bulunan belirsizlikle birlikte Maliye bakanlığı aleyhine verilen yargı kararlarının artmasıyla hem vergi iadesi, hem de mahkeme masraflarıyla karşı karşıya kalınmasını engellemek amacıyla 27.3.2018 tarihinden önce işten ayrılan hizmet erbabına, ikale sözleşmesi kapsamında ödemeler ve yardımlardan yapılan gelir vergisi kesintisinin tamamının ret ve iadesi sağlanması süreci başlatılmıştır. Böylece düzeltme zamanaşımı içinde olmak kaydıyla geriye dönük vergi iadesinin önü açılması sağlandı.⁷⁷

⁷⁶ İstanbul BİM 4VDD, T. 23.6.2020, E. 2020/57, K. 2020/961.

⁷⁷ Çalışılan işyerinin (sorumlu sıfatıyla) ücretlerden kesilen vergileri beyan ederek ödediği, muhtasar yönünden bağlı bulunduğu tarha yetkili vergi dairesine, çalışılan yer şube olup gelir vergisi stopaj yönünden merkezden ayrı bir vergi dairesine bağlı ise şubenin bağlı olduğu bu vergi dairesine başvurulmalıdır. Aynı zamanda müracaat, interaktif vergi dairesine üzerinden de yapılabilmektedir. Gelir İ daresi Başkanlığı, iadeye ilişkin başvuruların başladığı 15.02.2019 tarihli duyurusunda iade işleminin yapılması için başvuruda gerekli evrakları şöyle sıralamıştır:

- 1- Dilekçe (Başkanlığımızdan veya İ nternet Sitemizden Edinebilirsiniz)
- 2- Karşılıklı Sonlandırma Sözleşmesi, İ kale Sözleşmesi veya İş Akdinin Sonlandırılmasına İ lişkin Benzeri Diğ er Sözleşme ve Belgeler (Kesintiye Yapmakla Sorumlu Olan İşverenden Temin Edilen)
- 3- İ kale Sözleşmesine İ stinaden Yapılan Ödemelere İ lişkin Kesinti Tutarlarını Gösterir Belge (Ücret Bordrosu vb.)

Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetki ile yayımlanan 306 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği üzerine vergi idaresine yapılan başvurulardan geçici md. 89'da belirlenen şartlara uygun olanların vergi iadesi yapılıma süreci başlatılmıştır. Bu minvalde, vergi idaresinin uygulamayı söz konusu hüküm ve düzenleyici işlem doğrultusunda yönlendirerek gereksiz ihtilaflar yaratmaması gerekmektedir. Nitekim vergi idaresinin kanun hükmünü tam ve yerinde uygulamaması mevcut ihtilafların kaldırılması amacıyla düzenlenen kanun hükmünün amacına aykırı davranmamasına yol açacak ve idarenin hizmet kusuru ortaya çıkacaktır.

Vergi idaresi geçici md. 89'un şartları sağlayan mükelleflere iade yaparken, iade ile birlikte faiz ödemesi yapma yükümünün olup olmadığı veya hangi düzenlemeye dayanarak faiz ödemesi yapması gerektiği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁸ Bu durumda VUK'un md.112/3. fıkrasında, 4. fıkrasında, 5. fıkrasında veya İYUK'un md. 28/6. fıkrasında yer alan faiz düzenlemelerinin veya 3095 sayılı Kanun uyarınca faiz işletilmesi ihtimalleri gündeme gelecektir. Devletin alacaklarına gecikme faizi oranında faiz işletilmesini düzenleyen VUK md. 112/3.fıkrası, kanunları gereğince iade gerektiren 5. fıkra, yargı kararının infazının idare tarafından gecikmesini düzenleyen İYUK md. 28/6. fıkra ve özel borç ilişkilerinde uygulanacak faiz şartlarını içeren

4- İadeye Konu Tazminatların İşveren Tarafından Hizmet Erbabına Ödendiğine İlişkin Belge (Dekont, Makbuz, Hesap Ekstresi vb.)

5- İade Talebinin Avukat Veya Vekil Tarafından Yapılması Halinde Vekâletname Örneği.

6. Mahkemelerde ihtilafı devam eden (henüz kesinleşmeyen) dava mevcutsa mahkemeden feragat ettiklerini gösterir şerhli dilekçe örneği.

[Kaynak: www.gib.gov.tr/mevzuatek/iadeTalebiDilekceOrnegi.pdf](http://www.gib.gov.tr/mevzuatek/iadeTalebiDilekceOrnegi.pdf), erişim tarihi: Mayıs 2022.

⁷⁸ Bu konuya ilişkin bir yargı kararına da rastlanılmamıştır. 27.03.2018 tarihinden önce imzalanan ikale kapsamında ödenen ihbar tazminatının ücret geliri niteliğinde olduğu hakkında karar için bkz. DVDDGK, T. 27.1.2021, E. 2020/17, K. 2021/2. Bununla birlikte, “işveren şirketin İş Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen asgari bildirim sürelerinin üzerinde ödeme yönündeki kararının asıl amacının, iş gücünden yeterince yararlanılamayan personelini emekliliğe teşvik etmek olduğu” belirtilerek ilave ödemenin, VUK'un 3. maddesinde yer alan yorum yöntemi uyarınca ihbar tazminatı yerine GVK'nın geçici 89. maddesinde sayılan ödemelerden olduğuna ilişkin karar ve karşı oy yazısı için bkz. DVDDGK, T. 24.11.2021, E.2021/6, K.2021/8.

3095 sayılı kanun hükmü kapsam ve mahiyet itibariyle gelir vergisi kesintisinin iadesinde uygulanacak faizden farklılık göstermektedir. Kanımca, vergi idaresi geçici md. 89'a göre iade yaparken VUK'un md. 112/4. fıkrasında yer alan koşullara uygun olarak faiz ödemesi de yapması uygun düşecektir. Söz konusu hükümde fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler için iadede, bu tahsilin mükellefin hatasından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre bir ayrıma gidilmiştir. Fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanmadığı haller, "diğer haller" olarak düzenlenmiş ve esas itibariyle ortada idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ve idareden kaynaklanan sebepleri kast etmektedir. Geçici md. 89 kapsamında yapılacak iadenin, VUK'un md. 112/4. fıkrasında belirtilen diğer haller kapsamında belirlenmesi hem mahiyet itibariyle hem de iade faizinin başlangıç noktasının tahsil tarihi olması itibariyle mükellef hukukuna hizmet etmesi bakımından gereklidir. Bu itibarla, iade faizinin hesaplanacağı sürenin başlangıcı ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerle birlikte müracaat tarihinden erken bir tarih olan, gelir vergisi kesintisinin yapıldığı tarih esas alınacaktır. Faiz hesabındaki vade tarihi ise, düzeltme fişinin yükümlüye tebliğ edildiği tarihtir. Hüküm böyle olmakla birlikte, faiz hesabının ay kesirleri de dikkate alınarak gün yöntemi ile yapılarak düzeltme fişinin tebliğ tarihi ile iadenin/ödemenin fiilen gerçekleştiği tarih arasında geçen süre için de faiz hesabı yapılmalıdır.

Vergi idaresi, geçici md. 89'un uygulamasını sıkı şartlara bağlayarak mükellef başvurularını bekletmekte veya ret etmektedir. Bu ret kararlarının çoğunluğunda ödemelerin işsiz kalınması nedeniyle değil, emekli olunması nedeniyle yapıldığını tespit ettiği ve bunu da davanın taraflarını bağlayan kesinleşmemiş yargı kararları ile gerekçelendirdiği görülmektedir.⁷⁹ Diğer ret kararlarından biri, iade talebi konusunun istisna kapsamında yer alan kıdem tazminatına ilişkin olduğudur. Mükellefin, İYUK'un md. 7/1. fıkrası uyarınca ret yazısının tebliği izleyen günden başlamak üzere 30 gün içinde vergi mahkemesinde dava açma hakkı bulunmaktadır. İ kalede gelir vergisi kesintisinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine yönelik işleme karşı açılan davada

⁷⁹ www.sozcu.com.tr/nedim-turkmen/ikale-islemlerinden-vergi-iadesi-bekleyenler-husrana-ugradi, erişim tarihi: Mayıs 2022.

dava açma süresinin hesaplanmasında, 7. madde ile birlikte 10. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.⁸⁰

Vergi idarelerinin geçici md. 89'a dayanarak iade başvurularını ret ettiği durumların yanında, başvuruyu kabul edip iadeyi gerçekleştirdiği ve fakat iadeye ilişkin beklettiği süre boyunca iade miktarına ilişkin ödemediği faiz için de mükellef tarafından yargı yoluna başvuru yolu açıktır. Nitekim vergi kesintisi tarihi ile vergi dairesine başvuru arasında uzun süreler bulunmakta ve mükellef iadenin bu sürelerle ait getirisinden mahrum kalacaktır. Faizin vade tarihi bakımından hesaplanma süresi dar ve yetersiz bir kapsamda iken, faizin ödenmemesi mükellef hukukuna tamamen aykırı olacaktır. İşçinin üst mahkemede haklı bulursa dahi, yargılama bitene kadarki zaman birimi kadar faiz kaybı bulunmaktadır.

Geçici md. 89'la getirilen kazanımlar, iadeye ilişkin uyuşmazlığın bu hüküm öncesi dava konusu yapıldığı durumda mükellefin davaya devam ederek davayı kazanması durumunda elde edeceği kazanımlara denk olmalıdır. Başka deyişle, mükellefin davadan feragat etmeyerek md. 89 kapsamındaki vergi idaresine başvurmayıp iadeyi dava konusu yapmaya devam etmesi durumunda, iadeyi tahsil tarihinden itibaren düzeltme fişinin tebliğine kadar işleyecek tecil faizi ile birlikte alma ihtimali bulunmaktadır. Davadan feragat edilerek md. 89 kapsamında başvuru üzerine vergi dairesinin başvuruyu kabul etmesi ile mükellefin iadeyi en azından bu mahiyette alması gerekmektedir. Vergi idareleri uygulamada, iadeyle birlikte faiz ödemesine yaklaşmamaktadır. Bu durumda gelir vergisi kesintisinin iadesi için davasından feragat ederek vergi dairesine başvuran çalışanın, vergi idaresi tarafından iadesi uygun görülmeyen miktar çerçevesinde İYUK yargılama usulleri çerçevesinde yargı sürecini başlatması gerekmektedir.

GVK'nın geçici 89. maddesi; vergi idaresinin iade başvurularını sürüncemede bırakma ihtimali, iade ile birlikte istenecek faize ilişkin olumsuz yaklaşımı, vergi idaresinin başvuruları hizmet kusuru kapsamında eksik, hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sonucu mükellefi bekleyen uzun bir yargı yolunun olması, vekâlet ücretinin ödenmeyecek olması ve vergi dairesinin cevabı üzerine ilgili miktarı dava

⁸⁰ Dava açma sürelerinin gösterilmediği durumlarda vergide 30 gün, idare mahkemesinde ve Danıştay'da 60 gün olan dava açma süresinin uygulanması gerektiği hakkında bkz. DİBK, E. 2021/2, K. 2022/1, RG, T. 19.06.2022, S. 31871.

konusu yapması durumunda iade edilen vergilerin cezalı şekilde alınacağına ilişkin düzenleme gibi yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, ikale ile gelir vergisi kesintisine uğramış vergi iadesi ve işleyecek faizi bakımından mükellef haklarını görünüşte koruyan bir düzenlemedir. Başka deyişle, geçici md. 89 iadenin yapılabilmesi için istenilen bilgi ve belgelerin türü ve nitelikleri, teslim edilme ve teslim alınma usul ve esasları ve idare tarafından ne zaman ve ne şekilde tamam sayılacağı gibi konuların açık, net ve anlaşılabilir biçimde belirlenmek yerine bu yetkinin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bırakıldığı, iade miktarının belirsiz bir süre idarenin uhdesinde kalmaya devamını sağlayan ve söz konusu düzenlemede iade miktarına işleyecek faiz konusunda herhangi bir hüküm içermemesi nedeniyle idareye faiz konusunda takdir hakkının tanındığı izlenimini yaratan işlevsiz bir düzenlemedir. Nitekim söz konusu hükmün düzenlenmesindeki esas ve belki de tek amaç, mevcut hukuki ihtilafların önlenerek vergi idaresinin mevcut işleyişinin aksamasını engellemektir.

4. İ kaleye İ lişkin Vergi İ adesinde Kanuni Düzenleme İ le Karşılanamayan Zararın Tazmini

İ kale ile iş sözleşmesi sonlanan işçi yönünden zarar, vergi idaresinin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu gelir vergisi tahsilatında bulunması halinde doğmaktadır. Vergi idareleri de, kuruluş, görev ve yetkilileri bakımından birer kamu idaresidir. Bu açıdan, vergi idaresinin de hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru oluşturacağı ve bu işlem ve eylemlerden doğan zararların, idare tarafından kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesini gerektirmektedir. Mükellefin iade faizi olarak ret ve iade edilen tecil faizi ile karşılanamayan zararına yargı yeri tarafından hükmedilmesi mümkündür.⁸¹

Ödenecek maddi tazminatın miktarının, vergi idaresince hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin devlet hazinesinde kaldığı süre için gecikme faizinin oranı uygulanarak hesaplanacak miktar kadar olması ve düzeltme fişinin tebliğ tarihi ile iadenin/ödemenin fiilen gerçekleştiği tarih arasında geçen süre için de faiz hesabı yapılması anayasada

⁸¹ ER, Selami: Anayasal İ lkeler Bağlamında Fazla Veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İ adesinde Faiz Ödenme(Me)Si Sorunu, TAAD, S.9, Y.3, T. 20.4.2012, s. 65-66, (ss. 33-70).

düzenlenen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir. Böylece işçinin gerçek zararının tazmini sağlanacaktır.

IV. SONUÇ

Hukuken geçerli bir ikale, işçiye belirli menfaatler sağlamakla birlikte işçi lehine doğması muhtemel haklar ve iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını bertaraf etmektedir. İşçi iş güvencesinden - *işçinin iş güvencesine tabi olma ön şartı aranır-*, yoksun kaldığı gibi kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar tazminatına ve kıdem tazminatına -*kıdem tazminatına hak kazanması şartı aranmaktadır. Örneğin işyerinde 8 aydan beri değil, 3 senedir çalışıyorsa-* da hak kazanamayacak ve 4447 sayılı Kanun kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bu açıdan ikale kurumunun daha çok işveren yararına bir kurum olduğu söylenebilmektedir. Bu durum da ikalenin yaygınlaşmasının en önemli nedenlerinden biridir.

Gerçekten de kıdemi fazla işçinin iyi koşullara sahip bir iş teklifi alması, o işyerinde çalışmak istememesi, belli nedenlerle çalışmaya ara vermek istemesi veya işverenin haklı nedenle feshini gerekçesinin bulunması durumunda da sicilinde buna ilişkin haklı nedenin olmasını engellemek amacıyla ikale kurumuna başvurulması işçi lehine bir durum olduğu izlenimi verse de işvereni önemli yükümlerden kurtarması açısından işveren bakımından kurtarıcı bir müessese olarak değerlendirilebilir. Diğer yandan işçisini gözeten işverenden hem ikalenin hukuki sonuçları konusunda işçiyi bilgilendirmesi ve aynı zamanda ikaleden zarar görmemesi adına makul bir yarar elde etmesine yönelik çaba göstermesi beklenmektedir.⁸² Mesela işçiyi etkileyecek vergi konularında işçi, durumu gerektiği gibi değerlendirebilecek bilgiye sahip olmayabilir veya ikale sözleşmesi yaparak iş sözleşmesini sona erdirdiğinde işsizlik yardımı alamayacağını bilemeyebilir. Nitekim vergi mevzuatının karmaşıklığı ve çeşitliliği, vergi tekniğinin zorluğu işçilerin vergisel yükümlülüklerini ve bu yükümlere ilişkin itiraz haklarını doğru bir şekilde anlamalarını zorlaştırmaktadır. Nitekim, idari yargıya hakim ilkelerden taleple bağlılık ilkesi, işçinin vergi iadesinin yanında talep ettiği faiz miktarı üzerinden hüküm kurulmasına yol açmaktadır. Bunun yanında, uygulamada ikale ile sağlanan ekonomik değerlerin vergi kesintisi yapılmadan brüt tutarının yer aldığı görülmektedir. Bu açıdan

⁸² Süzek, s. 450.

da, iş ç i açısından ikalede yer alan edimlerin maddi karş ılıklarının kesinti tutarını, kesinti tutarı düş üldükten sonra net tutara ilişkin ö demeyi aldığı nda görmesine yol aç maktadır.

İ ş hukukunun ekonomik açı dan güç süz olan iş ç inin daha güçlü olan iş verenin keyfi sayılabilecek davranış larına karşı korunması ihtiyacından doğ an bir hukuk dalı olduğu bilinmektedir. Diğer yandan devlet egemenliğ ine dayanan en önemli yetkilerden vergilendirme yetkisinin kullanımı sırasında iş ç inin, temel haklardan mülkiyet hakkının ihlali ile karşı karşı ya gelme ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, iş ç inin hem ikale kurumu dolayısıyla iş hukukundaki, hem ikalede yer alan edimlerin vergilendirilmesi açısından vergi hukukundaki konumu dezavantajlıdır. Baş ka deyiş le, iş ç i açısından iş hukuku ve vergi hukuku kurallarının uygulanması istisna, iş ç inin dava yolu kural haline gelmiştir.

Hukuken geçerli ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesi sonlanan iş ç iyi bekleyen tehlikelerden biri, ikalede yer alan maddi edimlerin gelir vergisi kesintisine tabi tutulması sırasında vergi idaresi tarafından hukuka aykırı vergilendirmeye tabi tutulmasıdır. Böyle bir durumda, bir kamu idaresi olarak vergi idaresi tarafından iş ç iye hukuka aykırı tahsil edilen gelir vergisi kesinti miktarının iadesi gerekmektedir. Bu iadenin kapsamında ölçüt, iş ç inin uğ radığı maddi zararın telafisidir. Nitekim birey yararı ve kamu yararının arasındaki adil dengenin sağ lanması, haksız tahsili gerçekleş en verginin iadesinin yanında, iade tutarından yoksun kalınan süre boyunca elde edilmesi muhtemel getirinin de iş ç iye geri verilmesi gerekmektedir. Baş ka deyiş le, iş ç inin gerçek zararının karşı lanması gerekmekte ve iadenin kapsamının belirlenmesine ve getirinin hesaplanma süresine kusurun hangi taraftan kaynaklandığı nın etki etmemesi icap etmektedir.

Vergi ve iş hukukunun ortak gündem konularını oluşturan önemli konulardan biri ikale sözleşmeleridir. İ kale sözleşmesi sonucu elde edilen maddi edimlerin gelir vergisi kanunu açısından hukuki niteliği tartışmalı idi. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler bulunmakta idi. Bu tartışmanın temeli vergilerin kanuniliği ilkesi ikalede yer alan iş ç ilik alacaklarına etkisi bakımındandı. Nitekim ikalede yer alan edimlerin gelir vergisi kanunu açısından hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Hâkim görüş, bu alacakların verginin kanuniliği ilkesi uyarınca verginin konusuna girmemesi ve iş ç ilik alacağı niteliğinde olmaması nedeniyle vergilendirilemeyeceği yönünde idi. 2018 yılı itibarıyla düzenleme getirilmiştir. İş ç inin ikale sözleşmeleri sonucunda elde edeceği tazminatların vergilendirilmesi boyutu 27.03.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere genişletilerek Gelir

Vergisi Kanununda belirtilen koşullar çerçevesinde vergi kesintisi yapılması 7103 sayılı Kanun ile kararlaştırılmıştır. Yeni düzenleme ile ikaleye ilişkin tazminatların ücret kapsamında olduğu hükme bağlandıktan sonra, bu tazminatların istisnaya tabi tutulduğu hükme bağlanmıştır. İstisna kapsamının kıdem tazminatından ayrı olarak değerlendirilmesi ve bu yönde yeni bir düzenleme daha yapılması işçinin korunmasına hizmet ederek mükellef hukukuna uygun olacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu'na 7162 sayılı Kanunla geçici madde eklenmiş (GVK geçici md. 89) ve 27 Mart 2018 öncesinde ikale sözleşmesi ile çeşitli adlar altında yapılan ödemelerin işçiye iadesinin yolu açılmıştır.⁸³ Ödemesini ilgili tarihten önce yapmış ve düzeltme zamanasını içinde ek tazminat niteliğindeki alacağını başvuru yolu ile talep eden işçi buna ilişkin dava yoluna başvurmuşsa, davadan da feragat etmesi gerekmektedir. Bu şartların kanuni düzenleme ile belirlenmesi, işçinin alacağına bir an önce kavuşmasından ziyade, işçinin vergi idaresine başvurusuyla başvurusunun ne zaman ve hangi şartlarda sonuçlanacağına ilişkin hususa yer verilmemesi, iadeye yürütülecek faizin belirlenmemiş olması ve işçinin davadan feragati durumunda vekâlet ücretine hükmedilmeyecek oluşu vergi idaresinin işçi lehine olduğu düşünülen bir düzenlemede dahi kamu gücünün sınırlarını / sınırsızlığını gözler önüne sermektedir. Bu hüküm de mükellef hukukuna görünüşte hizmet etmektedir. Nitekim geçici md. 89'a dayanarak iade talebinde bulunan ve iade talebi ret edilen veya iade talebi kabul edilmekle iadeye ilişkin faiz talebi ret edilen işçinin dava yoluna başvurusu uzak ihtimal olmayacaktır. Bunun yanında, davacı lehine yargılama gideri ve vekâlet ücretine hükmedilmeyeceğine ilişkin hükmün gözden geçirilerek idarenin dava açmaya sebebiyet verdiği bir uyuşmazlık olduğu ve vekilin Avukatlık Kanunu uyarınca (md.164) vekâlet ücretini hak ettiği ön kabulü ile yeni bir düzenleme yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Vergi idaresi, ikalede yer alan maddi edimlerin hukuka aykırı vergilendirilmesi üzerine yapacağı vergi iadesinde asıl vergi alacağı ile yetinmemelidir. Nitekim VUK'un md. 112/4. fıkrası uyarınca ikale ile iş

⁸³ Danıştay, 27.03.2018 tarihinden önce imzalanan ikale kapsamında ödenen ihbar tazminatının ücret geliri niteliğinde olduğuna hükmetmekle beraber, asgari bildirim sürelerinin üzerinde ödemenin ikalede ihbar tazminatı olarak yer almasına rağmen mahiyeti gereği, geçici md. 89 kapsamında olduğuna hükmetmiştir.

akdi sonlanan işçiye hukuka aykırı tahsil edilen gelir vergisinin geri verilmesinde faiz uygulaması mümkün olabilecektir.⁸⁴ Benzer şekilde, geçici md. 89 kapsamında yapılacak iadenin, VUK'un md. 112/4. fıkrasında belirtilen diğer haller kapsamında belirlenmesi hem mahiyet itibariyle hem de iade faizinin başlangıç noktasının tahsil tarihi olması itibariyle mükellef hukukuna hizmet etmesi bakımından gereklidir. Bununla birlikte, gecikme faizi yerine tecil faizi ile iade alınması, devlet ve birey menfaatleri arasındaki makul dengenin bozulması ve mükellef haklarının görmezden gelirmesine kamu yararı eksenli bir anlayışın kanunda vücut bulması demektir. Vergi iadesine kadar geçen zamanının uzunluğu ve iade edilecek miktarın büyüklüğü, mükellefin maddi zararını perçinlemektedir. Diğer yandan, tecil faiz oranının düşük belirlenmesi mümkündür. Aslolan mükellefi enflasyonist etkiler karşısında korumaktır. Bu açıdan tecil faizine karar verme iradesine sahip olunan merci bakımından düzenleme yeri ve tecil faizi ile karşılanamayan mükellef zararlarının yargı yoluna başvurularak giderilmesi önem arz eden iki husustur. Kişilerin devlete ve hukuka güven duyması açısından, belirsizlik ve düzensizlik ortamının olabildiğince engellenmesi ve önceden öngörülebilir olmasını sağlamak ve iade faizinin özünde harcama kalemi oluşturması bakımından, iade faiz oranının yasama organınca belirlenmesi yerinde olacaktır.⁸⁵ Bu itibarla iade faizinin her yıl Bütçe Kanununda belirlenmesi imkânı bulunmaktadır.

Vergi iadesinin hesaplanma süresi dar ve yetersizdir. VUK'un md. 112/4. fıkrası, iade faizinin işleyebileceği son tarihi olarak düzeltme fişinin tebliğ tarihini esas almaktadır. Bununla birlikte, düzeltme fişinden sonraki bir tarihte iade gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, iade faizinin vade sonunun vergi idaresinin ödemeyi yaptığı tarih olacak şekilde hükmün düzenlenmesi mükellef hukukuna hizmet edecektir.

AYM içtihatları ve hatta vergi yargısı kararlarına rağmen idarenin gerçekleştirdiği iadelerde genellikle mükelleflere faiz ödemediği ve ihtilafli durumlarda da mükelleflerin faiz taleplerine karşı çıktığı görülmektedir.⁸⁶ Vergi yargısı ise haksız şekilde alınıp iadesi gereken

⁸⁴ Haksız olarak tahsil edilen verginin iadesi üzerine, iade edilen vergiden bağımsız olacak şekilde ve tek başına faiz istenebilmektedir.

⁸⁵ Karakoç, s. 406.

⁸⁶ VUK md.. 112/4, 5. fıkraları vergi idaresi tarafından sınırlı yorumlanmaktadır. Bu okuma, 418 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği'nde görülmektedir. RG, T. 8.9.2012, S. 28405.

vergilerin tahsil edildikleri tarihten itibaren faiz hesaplanarak mükelleflere geri verilmesinin gerektiği yönünde kararlar vermekle birlikte, uygulanacak faiz oranı konusunda Danıştay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Danıştay 7. dairesinin aksi kararları bulunmakla birlikte, Danıştay 9. Daire ve son zamanlarda Danıştay VDDGK iade faizinde uygulanacak hüküm varken, iade faizi olarak devletin alacağına ilişkin hükümde yer alan gecikme faizinin belirlenemeyeceğini kararlarında vurgulamıştır.⁸⁷ Bunun yanında, özel hukuk ilişkilerine uygulanan kanuni faizi düzenleyen 3095 Sayılı Kanun'un iade faizinde uygulanacak faiz düzenlemesini içerdiği yönünde Danıştay kararları da bulunmaktadır.⁸⁸ Bu anlamda, ikaleden doğan vergi iadesinde uygulanan faize ilişkin kararlar incelendiğinde işçi lehine faiz düzenlemesi olarak VUK md. 112/4. fıkrasında yer alan tecil faizinin kabul edildiği söylenebilir.

Devletin tahakkuk eden alacaklarına uygulanan gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de geçerli bir husustur. Bununla birlikte, her iki alacağa dramatik derecede farklı faiz oranlarının uygulanması, güçsüz konumda olan idare edilenler aleyhine yaratılan bir eşitsizliktir. Candan'ın belirttiği gibi, tek yanlı irade açıklamasıyla yaptığı işlemler bakımından, diğer kamu idarelerinden farkı olmayan vergi idaresinin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu vergilendirme işlemlerinin mükelleflere vermiş olduğu maddi ve manevi zararların gerçek miktarları ile tazmini, hizmet kusuru esasına dayalı olarak olanaklıdır.⁸⁹ Mükellefin iade faizi olarak ret ve iade edilen tecil faizi ile karşılanamayan zararına vergi yargısınca hükmedilmesi mümkündür. Mükellef idari yargı sistemi içinde tam yargı davası ile gecikme faizi ve tecil faizi arasındaki fark kadar zararının tazmini talebinde bulunabilecektir. Bu aşamada görev

⁸⁷ Danıştay yakın tarihli bir kararında, yerel mahkemenin mükellefe vergi iadesinde gecikme faizi uygulaması kararını bozmuştur. D9D, T. 9.10.2019, E. 2016/13442, K. 2019/4483; D9D, T. 02.11.2021, E. 2020/3595, K. 2021/5103. Benzer şekilde Danıştay, ödemeye kadar kısmı için tecil faizine hükmedilmesini onaylarken, ödemediği kadar kısmı için gecikme faizi işletilmesi hükmünü bozmuştur. D4D, T. 17.01.2022, E. 2021/9135, K. 2022/174.

⁸⁸ Danıştay, mükellefin ilgili kanun kodunu ve adını belirtmeyip iade ile birlikte yasal faizi talep ettiğinde yasal faizden anlaşılması gerekenin tecil faizi olduğuna ve bu durumun taleple bağlılık ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

⁸⁹ Candan, s. 184.

vergi yargısındadır. Vergi yargıcının kanuni düzenleme ile ö ngörülen kadarına hükmedilmesi gerektiği yolundaki gerekçeden uzaklaşarak idarenin kamu hukuku alanındaki sorumluluğuna ilişkin ilke ve kurallarla gözetmesi nispetinde mümkün olacaktır. Nitekim bu, Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin sorumluluğ u ve hukuk devleti ilkesi bağlamında varılabilecek bir sonuçtur. Böylece, haksız tahsilat dolayısıyla zarara uğrayan mükellefin zararının karşılanması amacıyla devletin de mükellefe faiz adı altında tazminat ödemesinin gerektiği ve bu ödemenin tahsilatın yapıldığı andan iadenin yapılacağı tarihe kadar işleyecek gecikme faizi kadar olması savı ortaya konmuş olmaktadır. Devletin tazminat ödeme tehdidi ile karşı karşıya kalması, idarenin faaliyetlerinin hukuk çerçevesinde kalmasını sağlaması bakımından önemlidir.

Vergi anlaşılabilirliği ve vergi uyumu, mükelleflerin vergilerin maliyetlerini tam anlamıyla fark etmelerine yol açacaktır. Devlet, genellikle vergi anlaşılabilirliğinin düşük olmasından yararlanan taraf olarak görülmektedir. Karmaşık hukuki düzenlemeler kanunların adil olmadığı algısına da yol açabilse de, hükümetlerin bilinçli olarak vergi düzenlemelerini karmaşık yaptığı ileri sürülmektedir. Yüksek oranlı enflasyon, haksız ve adaletsiz bir vergileme etkisini çarpıcı bir biçimde ortaya koymakta ve mükellefin de yüksek oranlı ek yükümlerle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Böylece, devlet tahakkuk eden alacaklarını zamanında tahsil edememesi sonucu borçlarına ilişkin faizlerini bir biçimde mükellefe ö detmektedir. Karakoç'un deyiimiyle kamu harcamalarının borçlanma yoluyla finansmanı maliyetinin önemli bir bölümünü belirli bir kesime taşıtmak anlamını taşımaktadır.⁹⁰ Ekonomik dengenin kurulması, vergi mevzuatının sadeleştirilmesi ve vergiye uyumun sağlanarak genel bir vergi bilincinin oluşması sonucu adil dengeye kavuşmuş vergi sistemi ile devletin ö denmesi geciken alacakları ve Devlet tarafından iade edilmesi gereken alacakları için yüksek oranlı gecikme zammı / gecikme faizi ve iade faizi uygulanması zorunluluğ u ortadan kalkmış olacaktır.

⁹⁰ Karakoç, s. 406.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Mustafa: Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2021.
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2021.
- BALCI, Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması, On iki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021.
- BAŞARAN, YAVAŞLAR Funda: Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz, Vergi Dünyası, S. 316, Aralık 2007, (ss. 84-101).
- BATI, Murat: Vergi Hukuku, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2021.
- BAYAR, İbrahim Nihat: Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, Yıl 2003, (ss. 310-317).
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Uyuşmazlıklarında “Üst Makama Başvuru” Yolu (İYUK m. 11), DEÜHF Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı, Y. 2019, (ss. 2773-2778).
- CANDAN, Turgut: Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Verginin Geri Verilmesinde Faiz, Mali Çözüm Dergisi, S.118, Y. Temmuz-Ağustos 2013, (ss. 161-187) (Hukuka Aykırı).
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2022.
- CANDAN, Turgut: İnsan Hakları Mahkemesi’nin Eko-Elda Avee / Yunanistan Kararı, Danıştay Dergisi, S.114, 2007, (ss.1-8).
- CANDAN, Turgut: Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Alacaklardan Sorumluluğu, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara, 2015.
- ÇÖLGEZEN, Övül: Gecikme Faizinin Niteliği, Vergi Dünyası, S. 354, Şubat 2011, (ss.77-81).

- ER, Selami: Anayasal İlkeler Bağlamında Fazla Veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Faiz Ödenme(Me)Si Sorunu, TAAD, S.9, Y.3, T. 20.4.2012, s. 65-66, (ss. 33-70).
- ERMUMCU, Osman: Yargı Kararlarıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Kasım 2010, S. 51, (ss. 149-163).
- GEREK, Hasan Nüvit: İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, T. 2011, S. 4, (ss.43-58).
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- HATIPOĞLU, Cengizhan: Yargı Kararına Göre İade Edilecek Vergilerde Faiz, İÜHFM, C.LXII, S. 1, 2014, (ss.435-448).
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.(Genel).
- KARAKOÇ, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,2016 (Kamu İcra).
- KARAKOÇ, Yusuf: Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulanması, Mükellefin Dergisi, S. 107-108, (ss. 387-406). (Vergi İdaresince).
- KUMRULU, Ahmet: Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, S. 1-4, T. 1988.
- MUTLUER, M. Kamil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006,
- ORGAN, İbrahim / SEVİNÇ, CEYHAN Cansu: Gecikme Zammı Ve Gecikme Faizinin Hukuki Niteliği Ve Uygulaması, PIBYD, C.7, S. 1, T. 2020, (ss.120-134).
- OZANSOY, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989.
- ÖNCEL, Mualla: Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, AÜSBF Yayını No: 522, 1983, Ankara, (ss. 39-55).

- ÖZGENÇ, Selçuk: Gelir Vergisi Kanunu Açısından İ kale Sözleşmesi, MÜHF HAD, C. 22, S. 2, T. 2016, (ss.115-130).
- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2019.
- SONSUZOĞLU, Elif: Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ŞAKAR, Ayşe Yiğit: İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı.16, Y.2009, (ss. 225-229).
- TAŞKIN, Yasemin / SONSUZUĞLU, Elif: Gecikme Faizinde 6322 Sayılı Yasa İle Yapılan Düzenlemelere İlişkin Düzenlemeler, İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Seri: 56, Y.2011/2, (ss.1-17).
- UYGUN, Esra / GERÇEK, Adnan: Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, TAAD, Y. 7, S. 29, 2017, (ss. 167-191).
- ÜREL, Gürol: Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Ankara, 2007.
- ÜSTÜN, Süleyman: Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması, TBB Dergisi, Y. 2013, S.105, ss.171-228, (Mükellefe İadesi).
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman: Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, (Denetim – Yargı).

DİĞER KAYNAKLAR

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: Mayıs 2022.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Bankası (ECHR HUDOC): hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi: Mayıs 2022.
- Danıştay ve İstinaf Kararları Bilgi Bankası: www.kazanci.com, erişim tarihi: Mayıs 2022.
- Gelir İdaresi Başkanlığı'nın, 15.12.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-GVK-94-53 Sayılı Öznelgesi, www.gib.gov.tr, erişim tarihi: Mayıs 2022.

Gelir Vergisi Kanununda İkale ve İkale Yoluyla Yapılan Ödemelere İlişkin Gelir Vergisi Kesintisinin İadesinde Hukuki Sorumluluk

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın, 03.06.2008 Tarih ve 12268 Sayılı Özelgesi, www.gib.gov.tr, erişim tarihi: Mayıs 2022.

[www.gib.gov.tr /mevzuatek/iadeTalebiDilekceOrnegi.pdf](http://www.gib.gov.tr/mevzuatek/iadeTalebiDilekceOrnegi.pdf), erişim tarihi: Mayıs 2022.

<https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/nedim-turkmen/ikale-islemlerinden-vergi-iadesi-bekleyenler-husrana-ugradi-5510239/>, erişim tarihi: Mayıs 2022.

Kıdem Tazminatı Yıllık Tavan Tutarı, www.pwc.com.tr, erişim tarihi: Ağustos 2022.

Tüfe Artış Oranları, tuikweb.tuik.gov.tr, erişim tarihi: Ağustos 2022.

3239 Sayılı Kanun'un Gerekçesi, www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler, erişim tarihi: Mayıs 2022.

ÖZEL HUKUK

HUKUK MUHADEMELERİ KANUNUNA GÖRE TAHKİMİN DEĞERLENDİRİLMESİ (HMK m. 407-444)

Derya BULUTTEKİN*

ÖZ

Tahkim, insanların belli yasa ve ahlak kuralları etrafında örgütlenecek yaşamayı kabul ettiği yıllardan beri uygulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Yargı faaliyeti esas olarak devlet tarafından kurulan bağımsız mahkemelerce yerine getirilir; ancak özel hukuk alanındaki tahkime elverişli uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakem/hakemler aracılığıyla tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasına imkân tanınmıştır. Tahkim, ulusal ve uluslararası hukuki uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir çözüm yolu olarak düzenlenmiştir. Hukukumuzda ulusal tahkim (iç tahkim), Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiştir. İç tahkim yargılaması esas itibarıyla hızlı, basit ve güvenilir bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Zira kanunda belirli sınırlamalar bulunmakla birlikte, tarafların iradeleriyle serbestçe tasarrufta bulunabildiği konularla ilgili uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurabilmeleri mümkündür. Hatta tarafların hakemi serbestçe belirleme imkanına da sahiptirler. Ancak tahkim yargılaması, mevcut hukuk kuralları çerçevesinde yapılır. Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların taraflar bakımından en önemli sonucu, hakemler tarafından verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip ve bağlayıcı olmasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: buluttekind@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4913-7118.

Makalenin Gönderim Tarihi : 29.01.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 17.03.2022.

hakem/hakemler tarafından nihai karar verilmesiyle birlikte karar icra edilebilir hale gelir, bu kararın kesinleşmesi aranmaz. Her ne kadar kanunda açık bir düzenleme bulunmasa da tahkim sonucunda verilen kararların gerekçeli olarak yazılması gerekir. Aksi takdirde, yargılamanın temel ilkelerinden olan hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla gerekçesiz olarak verilen tahkim kararı, iptal davasına konu edilebilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, iç tahkim, tahkime elverişlilik, tahkim yargılaması, tahkim kararları.

EVALUATION OF THE ARBITRATION IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE (CCP Art. 407-444)

ABSTRACT

Arbitration is a dispute resolution method that has been used since years when people accepted to live by organizing around certain laws and moral rules. Judicial process is mainly carried out by independent courts established by the state; however, disputes eligible for arbitration in the field of private law are allowed to be resolved through arbitration through independent and impartial arbitrators/arbitrators. Arbitration is regulated as a solution that can be resorted to in national and international legal disputes. In Turkish law, national arbitration (internal arbitration) is regulated in the Code of Civil Procedure. Internal arbitration is essentially a fast, simple and reliable method of dispute resolution. Because, although there are certain limitations in the law, it is possible for the parties to resort to arbitration in disputes related to the issues that they can freely dispose of at will. In fact, the parties have the opportunity to freely determine the arbitrator. However, arbitration proceedings are conducted within the framework of existing legal rules. The most important consequence for the parties of the decisions rendered as a result of the arbitration proceedings is that the decisions rendered by the arbitrators have the effect of definitive judgment and binding. With the final decision of the arbitrator/arbitrators regarding the dispute between the parties, the decision becomes enforceable, it not need to be definiteness. Although there is no clear regulation in the law, the decisions made as a result of the arbitration must be written with reasons. Otherwise, the right to be heard, which is one of the basic principles of the proceedings, will be violated. Therefore, the arbitral decision rendered without reasons should be subject to an action for annulment.

Keywords: Arbitration, national arbitration, arbitrability, arbitration proceedings, arbitration decisions.

I. GİRİŞ

Tahkim, insanların topluluk halinde yaşamaya başladığı yıllardan beri önemini koruyan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Zira insanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar her zaman devlet mahkemelerine giderek çözümlenmemiş, bazen bulunulan toplumun ileri gelen insanları tarafından, sorun yaşayan kişiler bir araya getirilerek bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Devlet mahkemelerindeki iş yükünün artması, yargılamaların uzun sürelerde sonuçlanması, tahkimin hukuki bir zemine oturtulmasını gerekli kılmıştır. Bu yönüyle tahkim, tarafların arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığın mahkeme yerine kendilerince veya mahkemece belirlenen hakemler vasıtasıyla çözüme kavuşturulduğu bir yargılama yolu olarak modern hukuk sistemlerine ilave edilmiştir. Bu itibarla tahkim, ulusal (iç tahkim) ve uluslararası düzeyde hukuki düzenlemelerle bir alternatif çözüm yolu olmuştur. Bunun bir yansıması olarak günümüzde kanunun izin verdiği hususlarda taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözüme kavuşturabilirler.

Hukukumuzda iç tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularla ilgili uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir. Kanunkoyucu tahkime elverişlilik bakımından taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsam dışında tutmuştur. Bunun dışında Kanun iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da tahkime elverişli olmayan konular olarak düzenlemiştir. Taraflar, sözleşmeden veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek tahkime elverişli uyuşmazlıkların çözümü için aralarında tahkim anlaşması yapabilirler. Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık için taraflardan biri mahkemede dava açarsa karşı taraf, tahkim ilk itirazında bulunabilir. Tahkim ilk itirazı üzerine mahkeme yaptığı incelemede tahkim sözleşmesini hükümsüz, etkisiz ve uygulanmasını imkânsız bulursa; tahkim ilk itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere, taraflar tahkimde uygulanacak yargılama kurallarını serbestçe belirleyebilirler. Bu nedenlerle tahkim yargılaması, devlet yargısına nazaran daha hızlı, basit ve esnek bir yargılamadır.

Kanun koyucu, medeni yargılama usulüne hâkim olan temel ilkelerin tahkim bakımından da geçerli olacağını düzenlemiştir. Buna göre, tahkim yargılaması, tasarruf ilkesi gereği tarafların, kanunun uygun

gördüğü hususlarda, kendi iradeleriyle tahkime başvurularıyla başlar. Tahkim yargılamasından hakem, tarafların eşitliği ve hukuki dinlenme hakkını gözetmelidir. Hakem, taraflara eşit davranmalı ve hukuki dinlenme hakkının bir gereği olarak aleyhlerine ileri sürülen iddia veya savunmalara karşı tarafları bilgilendirmelidir. Tarafların bu iddialara karşı koyabilmeleri ve bunlara ilişkin olarak delil sunabilmeleri sağlanmalıdır. Yargılama sırasından hakem ve taraflar dürüstlük ilkesine uymak zorundadırlar. Tahkimin bu ilkelere bağlı olması gereği, onu önemli ve güvenli bir çözüm yolu haline getirmiştir.

Tahkimin konusu ve öneminden hareketle bu çalışmanın amacı, medeni usul hukukunun konusunu oluşturan tahkim kurumunu değerlendirmektir. Bu yönüyle tahkim yargılamasına ilişkin hükümlerin yer aldığı HMK m. 407-444 arasındaki düzenlemelerin eksik yönleri ile tahkimin uygulanması sırasında meydana gelebilecek sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu itibarla çalışmada; iç tahkimin genel özellikleri, tahkimin uygulama alanı, tahkim sözleşmesi, tahkim yargılaması ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar üzerine yoğunlaşılacaktır. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki (Schw. ZPO; İsv. HMK) tahkimle ilgili düzenlemelere ve doktrindeki tartışmalara yeri geldikçe karşılaştırmalı olarak değinilecektir. Yukarıda kısmen değinildiği gibi, niteliği itibarıyla oldukça geniş bir kurum olarak tahkim; ulusal-uluslararası, zorunlu-ihtiyari ve kurumsal-arızî olarak sınıflandırılabilir. Bu çalışmada tahkim, monografik olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde incelenmekte ve dolayısıyla çalışma iç tahkim ile sınırlı tutulmaktadır. Buna göre, çalışmada ihtiyari ve arızî tahkime karşılaştırmalı olarak yer verilecek ve fakat milletlerarası tahkim, zorunlu tahkim ve kurumsal tahkim çalışmanın kapsamı dışında bırakılacaktır.

II. GENEL OLARAK TAHKİM

Yargılama faaliyeti, mahkemelere (devlete) ait olup taraflar arasındaki uyuşmazlık mahkemeler vasıtasıyla çözüme kavuşturulur¹.

¹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9. Bası, Eylül 2021, s. 605.

Fakat bazı özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü, mahkemelere alternatif yollardan biri olan tahkim yolu ile gerçekleştirilmektedir².

Tahkim³, tarafların kendi aralarındaki mevcut ya da muhtemel uyuşmazlığın çözümünün mahkemeler yerine seçtikleri hakemlerce gerçekleştirilmesi için başvuru olan bir yoldur (sözleşmedir). Tahkim, verilen kararların kesin hüküm teşkil ettiği, mahkeme ilamları gibi icra edilebilme kabiliyetine sahip ve devlet denetiminde olan alternatif bir

² Süha Tanrıver, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Makalelerim I, 2005, s. 132; Cengiz Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 124. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 605-627; Baki Kuru/Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ocak 2021, s. 694-711; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 7. Baskı, Ekim 2021, s. 820-836; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 10. Baskı, Ekim 2021, s. 753-786; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 5. Bası, Eylül 2021, s. 477-495; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2021, s. 729-769.

³ Tahkimin sözcük anlamı, taraflar arasındaki (mevcut ya da muhtemel) uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözümlenmesidir (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Ankara, 2012, s. 715- 716). Tahkime ilişkin gerek milli gerekse yabancı hukukta farklı tanımlar mevcuttur. Örneğin, İsviçre hukukunda tahkim, taraflarca kararlaştırılan sözleşmeyi esas alan, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlen bir yöntemi (metodu) olarak tanımlanmıştır (İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 4-5; Fouchard, Philippe/Gaillard, Emmanuel/Goldman, Bertthold, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999, s. 10). Common Law sisteminde ise tahkim, *“kendilerinin çözemeyecekleri bir uyuşmazlıkla karşı karşıya kalan iki ya da daha fazla tarafın, bazı özel kişilerle uyuşmazlığın çözümlenmesi konusunda anlaşmaları”* şeklinde tanımlanmaktadır (Enid A. Marshall, Gill: The Law of Arbitration, 3th Edition, Sweet & Maxwell, London 1983, s. 1 vd.).

yargılama yoludur⁴. Tahkimde verilen karar, mahkemelerde verilen kararlar gibi bağlayıcıdır ve yerine getirmeyen taraf aleyhine ilamlı icra takibi başlatılabilmektedir. Tahkim, mahkemedeki yargılamaya alternatif yol niteliğinde olduğundan, tahkim, devletin yargısal faaliyetine bir müdahale teşkil etmemektedir⁵. Ayrıca taraflar, hakem kararlarına karşı kanun yoluna (denetime tabi tutulmasına) başvurabilirler.

Tahkimde genel olarak iki temel unsur vardır. Birincisi, hakemlerce gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin taraflarca kararlaştırılan tahkim sözleşmesine dayanmasıdır. İkincisi ise, uyuşmazlığın çözümü için hakemlerin tıpkı mahkeme (hâkim) gibi görevlendirilmesidir⁶.

A. Tarihsel Gelişimi

Tahkim, insanlık tarihinde oldukça eski yıllardan bu yana yerini almıştır. Roma döneminde, Eski Mısır'da ve Eski Yunan'da tahkim insanlar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için başvurulan bir yargılama yöntemi olmuştur⁷. Tahkime ilişkin en belirgin düzenleme ve modern hukuka yakın tanımlama, 1687 tarihinde İngiltere'de “*anlaşmazlıkların*

⁴ Hakan Pekcanitez/Muhammet Özkes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017, s. 2594. Tahkime ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 820; Konuralp, s. 126; Tanrıver, Tahkim, s. 132; Yeğengil, Tahkim, İstanbul, 1974, s. 95; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul, 2011, s. 595; L. Şanal Görgün, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2014, s. 475; M. Serhat Sarısözen, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 5; Nevhis Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, S. 60, Y. 2002/4, ss. 37-44, s. 37; Ömer Uğur Gençcan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2013, s. 1351.

⁵ Özbay/Korucu, s. 4.

⁶ Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 19. Tahkimin kuvvet itibariyle akdi, fakat nitelik olarak yargısal (kazaî) olduğu şeklindeki görüş için bkz. Koral, Rabi, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, İÜHFMD., C. XLVIII- XLIX, İstanbul, 1983, ss. 75- 98, s. 88.

⁷ Pekcanitez Usul, s. 2600 vd.

devlet yargısı dışında özel bir organ aracılığıyla çözümlenmesi” şeklinde ifade edilmiştir⁸.

Tahkime ilişkin yasal düzenlemeler, Türk hukuku bakımından oldukça eski tarihten beri mevcuttur. Tahkime ilişkin ilk yasa niteliğinde olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, Osmanlı Devleti döneminde yürürlüğe girmiş ve uygulanmıştır⁹. Daha sonraki süreçlerde 1861 tarihli “*Ticaret Usulü Muhakemesine Dair Nizamname*”’de 38-39. maddeleri ile 1864 tarihli “*Ticaret-i Bahriye Kanunu*”’nun 176. maddesinde ve ayrıca Mecelle’nin muhtelif kısımlarında da tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹⁰. 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) 516. ile 536. maddeleri arasında tahkime ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Aynı şekilde, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK’da da 407. ile 444. maddeleri arasında tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹¹. HMK m. 407’e göre, m. 407 ile m. 444 arasındaki tahkime ilişkin hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) tanımlandığı üzere yabancılik unsuru taşımayan taraflarca tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanır¹². HMK’nın genel gerekçesinde HMK m. 407-

⁸ Yeğengil, s. 7 vd.

⁹ Kanunname-i Ticaret’in 40-52. maddelerinde tahkime ilişkin hükümler yer almıştır.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rasih Yeğengil, Tahkim, İstanbul 1974, s. 75-79. RG, 04.02.2011/27836.

¹¹ Ayrıca 2007 yılında, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile sigortacılık sektöründe de tahkime ilişkin hükümler düzenlenmiştir. RG, 17.08.2007/26616.

¹² 6100 sayılı HMK Tasarısına ilişkin gerçekleştirilen toplantılarda, tahkime ilişkin hükümlerin MTK’daki hükümler ile aynı olduğu; böylelikle milli (iç tahkim) ile milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın kaldırıldığı ve bunun yanında çoğu ülkenin milletlerarası ve milli tahkim için esas aldığı UNCITRAL Model Kanunu’nun, benimsendiği ifade edilmiştir (Hakan Pekcanitez, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 123, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 30). Doktrinde, Tasarı’nın gerekçesindeki “*tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki hükümlerin hemen hemen aynıdır*” ifade için, tahkime ilişkin tek bir kanunun yapılması ve tahkime ilişkin hükümlerin Tasarı’dan çıkarılması gerektiğini belirtilmiştir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V,

444 hükümlerinden yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da uygulanacağı izlenimi akla gelse de, bu hükümler iç tahkimde uygulama alanı bulacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar 4686 sayılı MTK'ya tabi olacaktır. HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, UNCITRAL Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır.

Türk hukukunda gerek ulusal gerekse uluslararası (milletlerarası) hukukta tahkime ilişkin oldukça kapsamlı düzenlemeler (yasa ve antlaşmalar) mevcuttur¹³. Yine tahkime ilişkin iki taraflı ya da çok taraflı milletlerarası sözleşmeler veya muhtelif kanunlar da mevcuttur¹⁴. Milletlerarası tahkime yönelik 2001 yılında yürürlüğe giren *Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yanı sıra Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin* 1961 tarihli Avrupa-Cenevre Konvansiyonu da ülkemizde 1991 yılında onaylanmıştır¹⁵.

B. Tahkimin Avantaj ve Dezavantajları

1. Avantajları

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın mahkemeler yerine anlaşarak kendilerinin belirleyebildiği hakem vasıtasıyla çözülmesi¹⁶ olduğundan, bu durum taraflar açısından birçok avantajlı (olumlu)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 123, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 82).

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 15 vd.; Neşe Baran Çelik, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkim Yargılaması, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Ed. Tahir Muratoğlu ve M.Burak Bulutekin), Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, ss. 81-97.

¹⁴ Örneğin, Türkiye 1991 yılında "*Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Konvansiyonu*"na taraf olmuştur. RG 25.9.1991/21002. Ayrıca tahkime ilişkin hükümlere 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 60-63. maddeleri arasında da yer verilmiştir.

¹⁵ RG, 23.9.1991/21000.

¹⁶ Tarafların tahkime gitme konusunda anlaşmaları, yalnızca uyuşmazlığın mahkemeler önünde değil hakem aracılığı ile çözümlenmesini sağlamakta, hukuki korunma talebinden önceden vazgeçmeyi ifade etmemektedir. (Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2011, s. 171, 172.)

sonuçlar doğurmaktadır. Tarafların alanında uzman hakemi seçebilmeleri, tasarruf ilkesini daha belirgin ve serbest kullanabilmesi, daha çabuk, esnek ve kolay bir yargılamanın olması gibi hususlar taraflara mahkemedeki yargılamaya nazaran avantajlı bir yargılama vasıtasıyla uyuşmazlığın çözümü imkânı sunmaktadır¹⁷.

Tahkimin avantajlı olduğu hususların başında çabukluk (hızlılık) gelmektedir¹⁸. Mahkemelerdeki yargılamaların uzun sürmesi, hukukumuzun en büyük problemlerinden birisini teşkil etmektedir¹⁹. Mahkemelere nazaran tahkim yargılamasında tahkimin niteliği gereği hakemler uyuşmazlığı daha çabuk değerlendirme ve çözüme kavuşturma imkânına sahiptirler²⁰. Zira mahkemelerdeki iş yoğunluğunun aksine hakemlerde iş yoğunluğu ve çözüme mecburiyetinde olduğu dava dosyaları olmadığından somut uyuşmazlığa özel değerlendirmede bulunabilirler. Bu bağlamda, iş yoğunluğu fazla olan bir hakemin tahkime başvurmanın temel sebebine aykırılık teşkil edeceğinden, taraflarca (veya mahkemece) seçilmemesi gerekir.

Mahkemelerin (hâkimlerin), belirli saat ve günlerde çalışması buna nazaran hakemlerin çalışması bakımından herhangi bir saat ve gün kısıtlamasının olmaması da tahkim yargılamasının çabuk olmasını sağlayan etkenlerdendir. Hatta hakemler adli tatilde de tahkim yargılamasını yapabilirler²¹.

Tarafların tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul ve kuralları belirleyebilmesi hususu da tahkim yargılamasının esnek, çabuk ve kolay olmasını sağlamaktadır. Zira HMK m. 424 (İsv. HMK m. 373)'e göre, taraflar yargılama usulüne ilişkin kuralları (emredici kuralların saklı kalması şartıyla) serbestçe aralarında kararlaştırabilirler. Şayet taraflarca böyle bir kararlaştırma yoksa hakem (veya hakemler kurulu) de (emredici kuralların saklı kalması şartıyla) tahkim yargılamasının usul kurallarını belirleyebilir²². Oysa

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 607.

¹⁸ Mehmet Selçuk Türkoğlu, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL Tahkim Kuralları Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim Usulü, Gazi Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD, Ankara, 2011, s. 8; Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 38; Özbay/Korucu, s. 26.

¹⁹ Şanlı, s. 23; Sarısözen, s. 15.

²⁰ Pekcanitez Usul, s. 2600 vd.

²¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 595.

²² Özbay/Korucu, s. 29-30.

mahkemelerdeki yargılamada tarafların uyması (beklemesi) gereken usuli aşamalar mevcuttur²³. Tahkim bu yönüyle, taraflara serbestlik ve yargılamada daha etkin olabilme rolü (imkânı) verdiğiinden, mahkemelerdeki yargılamaya nazaran esnek ve kolaydır²⁴.

Tahkim yargılamasını avantajlı kılan bir diğer husus, tahkimin ucuz olmasıdır²⁵. Mahkemelerdeki (özellikle de istinaf ve temyiz aşamasına gidilmişse) yargılama harç ve giderlerinin fazla olması, yargılamanın taraflara ağır faturalar çıkarmasına sebep olmaktadır²⁶. Mahkemelerdeki yargılamaya nazaran daha ucuz olan tahkim bu yönüyle de taraflar açısından avantajlı olmaktadır²⁷.

Mahkemelerde (istisnai durumlar hariç) yargılamanın aleni yapılması zorunluluğu (HMK m. 28), tahkim yargılamasında bulunmamaktadır. Tam aksine tahkim yargılaması gizli yapılmaktadır²⁸. Yargılamanın gizli yapılması, tarafların şahsi ve ticari itibarının zedelenmesi riskini bertaraf eder. Özellikle ticari uyuşmazlıklarda gizlilik daha fazla önem arz eder²⁹. Tahkimin gizli olması sayesinde şirketlerin,

²³ Konuralp, s. 133 vd.

²⁴ Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 41; Özbay/Korucu, s. 30; Sarısözen, s. 16.

²⁵ Tahkim yargılamasının ucuz olmasının asıl sebebi, yargılamanın çabuk olmasından kaynaklanmaktadır (Yavuz Alangoya, Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s. 19).

²⁶ Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 40; Özbay/Korucu, s. 27.

²⁷ Fakat belirtmek gerekir ki, taraflar tahkim yolunda kendilerini temsil eden avukatların vekâlet ücretini yüksek tutması, tahkim yargılamasının yapılacağı mekânın kira ve benzeri ücretleri yüksek olması gibi durumlarda tahkim yargılaması istisna olarak mahkemelerdeki yargılamadan daha pahalı olabilmektedir (Konuralp, s. 134). Ayrıca dava değerinin düşük olduğu uyuşmazlıklar için tahkim yargılaması yerine mahkemelere başvurulması tarafların lehine olacaktır (Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 40; Özbay/Korucu, s. 28).

²⁸ Tanrıver, s. 133; Özbay/Korucu, s. 28; Sarısözen, s. 16.

²⁹ Konuralp, s. 135. Tahkim yargılaması gizliliğin sağlanmasına elverişli olduğundan, ticari sırlarının açıklanmasını istemeyen taraflar bu yargılama yoluna başvururlar. Benzer durum, yatırım anlaşmaları için de geçerlidir. Fakat belirtmek gerekir ki, tahkimde verilen kararların mahkeme (devlet) denetimine tabi tutulması gizliliğe zarar verebilmektedir (Özbay/Korucu, s. 29). Zira HMK m. 436/3'e göre; hakem kararı, hakem/hakem kurulu başkanı veya ilgili tahkim kurumu tarafından taraflara bildirilir. Ayrıca

ticari sırları, ticari defterleri, mali durumları saklı tutulur ve taraflar dışındaki kişilerce öğrenilmeden uyuşmazlık çözümlenmiş olur³⁰. Fakat taraflar aralarında anlaşarak tahkim yargılamasının gizli yapılmasını (aleni olması) kararlaştırabilirler³¹.

Tahkimin avantajlı olmasını sağlayan bir diğer husus, tahkim konusu uyuşmazlık ile ilgili alanda uzman hakemlerce tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesidir. Tahkim yargılamasının uzman kişilerce görülmesi, hakkaniyetli ve adil bir karar alınması açısından tahkimi ideal yargılama yolu kılmaktadır³². Tahkimin bu yönü, taraflarca tercih edilmesindeki önemli etkenlerdendir³³.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hakkında uzman olan kişilerin hakem olarak seçilmesi, uyuşmazlığın çözümü için gerçekleştirilecek yargılamaya olan güveni de artıracaktır. Zira mahkemelerdeki yargılamada hâkimin her alanda uzman olması beklenemez. Ayrıca dava dosyasının bilirkişiye gönderilmesi durumunda bilirkişi seçiminde tarafların belirleyici olmaması, bilirkişi raporu takdiri delil olması ve nihayetinde yine hâkimin kararının esas olması sebebiyle mahkemedeki yargılamaya nazaran tahkim taraflar bakımından bu yönüyle daha güvenilir ve adil olmaktadır³⁴.

kararın aslı dosya ile birlikte mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır. Mahkeme, hakem kararının özenle saklanmasını sağlamalıdır. Tahkimde yargılaması yapılan dosyanın içeriği ilgili kişiler dışındaki kişilerle paylaşılmamalıdır. Aksi takdirde tahkimdeki gizlilik ilkesinin bir anlamı kalmayacaktır (Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 41).

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 608; Pekcanitez Usul, s. 2599 vd; Sarisözen, s. 16; 2012’te yapılan düzenleme ile MTO Tahkim Kurallarında (ICC Rules of Arbitration) hakem yargılamasında “*olaya özgü gizlilik emirleri*” ile “*gizliliğin ve ticari sırların korunmasına ilişkin önlemler*” alabilme yetkisi tanınmıştır (Özbay/Korucu, s. 28).

³¹ Konuralp, s. 135.

³² Türkoğlu, s. 7; Özbay/Korucu, s. 30; Konuralp, s. 133.

³³ Tanrıver, s. 133; Kemal Dayınlarlı, HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim, Ankara, 1997, s. 28.

³⁴ Alangoya, s. 19; Sarisözen, s. 13; Özbay/Korucu, s. 30 vd. Milletlerarası ticarî tahkimin taraflarca tercih edilmesindeki sebepler iç tahkime göre farklılık arz etmektedir. Zira iç hukukta tahkime başvurunun sebebi genel olarak, mahkemelerdeki yargılamalarda (adalet mekanizmasında) mevcut olan eksikliklerdir. İç hukuktaki bu eksiklik (aksaklıklar), alternatif yollarla

Son olarak tahkim yargılaması, taraflar bakımından psikolojik sebeplerle de avantajlı olabilir. Zira taraflarca hakemin seçilmiş olması, her iki taraf açısından tarafsız ve adil olacağı görünümünü sunması, uzlaştırıcı rolü üstlenmesi ve mahkemelerdeki hâkime nazaran hakemin taraflarla daha nezaketli ve samimi ilişkiler kurabilme imkânına sahip olması tahkimin taraflar açısından olumlu psikolojik sebepleridir³⁵. Bu husus taraflara olumlu yansıtacağından, tarafların da yargılama süresince samimi, uzlaşmacı ve pozitif tavırlar sergilemesinde etkili olacaktır³⁶.

2. Dezavantajları

Tahkimin yukarıda bahsettiğimiz tahkimin avantajlı yönlerinin yanı sıra, bazı dezavantajlı (olumsuz) yönleri de mevcuttur. Bazı uyuşmazlıklar bakımından hakem ücretinin fazla olması tahkimin dezavantajlarından³⁷. Zira düşük miktarlı uyuşmazlıklar için bazen yargılama masrafı uyuşmazlık miktarına denk olabilmektedir. Özellikle de birden fazla hakem belirlenmişse, tahkim uyuşmazlık miktarına oranla masraflı olabilmektedir³⁸.

Alanında uzman olmayan, tarafsız olmayan veya iş yükü fazla olan bir hakemin seçilmesi, tahkimin amacıyla ters düşeceğinden bu özelliklere sahip bir hakemin seçilmesi riskinin olması da tahkimin

(çarelerle) önlenmektedir. Tahkim yolu da bu yollardan bir tanesidir. Buna karşın, milletlerarası niteliği sahip olan uyuşmazlıkların çözümü alanında tahkimin yerine geçecek alternatif bir çare (yargı usulü) henüz mevcut değildir (Şanlı, s. 25). Milletlerarası ticarî tahkimin tercih edilmesinin önemli nedenlerinden birisi de tenfiz kolaylığıdır. Milletlerarası ticarî tahkimin tenfiz kolaylığının yanında, tarafsızlık, gizlilik, tarafların hakemleri kendi iradeleri ile belirleme olanağı da tahkimin tercih edilmesinin sebepleri olarak gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 42 vd; Özbay/Korucu, s. 31 vd.

³⁵ Şanlı, s. 24 vd; Özbay/Korucu, s. 30.

³⁶ Özbay/Korucu, s. 30-31.

³⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, düşük miktarlı uyuşmazlıklar için tahkim yerine mahkemelere başvurmak taraflar açısından daha faydalı olacaktır.

³⁸ Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 42. Fakat belirtmek gerekir ki, yargılamanın kısa sürmesi nedeniyle tahkimin masraflı olması taraflar için nispeten tolere olup yine de daha faydalı olabilir.

dezavantajlı yönleri olarak sayılabilir³⁹. Veyahut alanında uzman olmakla birlikte hakemin hukuki bilgisi hiç ya da yeterince yoksa bu durum da tahkimin olumsuz yönlerinden olabilir⁴⁰.

III. TAHKİMİN UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta tahkime ilişkin oldukça kapsamlı düzenlemeler mevcuttur. Taraflar arasında uyuşmazlık tahkim yolu ile çözüme kavuşturulmak istendiğinde (bazı durumlarda da zorunlu olarak tahkime başvurulduğunda), tahkimin uygulama alanında olan, tahkim yargılamasına elverişli olan (başka bir deyişle hakemlerin bakmaya yetkili olduğu) bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekir. HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri (HMK m. 407-444), iç tahkim bakımından temel düzenleme niteliğindedir⁴¹.

İç tahkimin uygulama alanına ilişkin HMK m. 407'de⁴², MTK'ya atıfla yabancılik unsuru içermeyen (ve dolayısıyla MTK'nın uygulama alanına girmeyen⁴³) uyuşmazlıklar ile taraflarca tahkim yerinin Türkiye

³⁹ Pekcanitez Usul, s. 2603; Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 39.

⁴⁰ Özbay/Korucu, s. 32 vd; Pekcanitez Usul, s. 2603.

⁴¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 820. Belirtmek gerekir ki, HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, bir çok ülkede olduğu gibi Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu *UNCITRAL (Model Law on Intemational Commercial Arbitration 1985 With arnendments as adopted in 2006)* örnek alınarak hazırlanmıştır.

⁴² HMK m. 407; “*Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*”

⁴³ HMK'daki tahkime ilişkin hükümler büyük çoğunlukta MTK ile benzer olarak düzenlenmesi ve tahkimde taraf iradesinin esas olması nedeniyle, tarafların aralarında anlaşması durumunda yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da iç tahkime konu yapılabilmelidir. Bu hususa engel bir durum olmadığı gibi bir sakınca da yoktur. Zira HMK m. 407'deki hükmün emredici nitelikte olmadığı doktrinde ifade edilmiştir (Bilgehan Yeşilova, Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri, YÜHFD, C. 4, S. 1, 2007, (s. 262-349), s. 149).

olarak belirlendiği uyuşmazlıklar olarak ifade edilmiştir⁴⁴. HMK m. 407’de belirlenen bu alan, tahkimin uygulanabildiği alan olup (başka bir deyişle tahkime elverişli olup) bu alan dışındaki alanlarda (uyuşmazlıklarda) yargılama mahkemelerce yapılmalıdır⁴⁵.

B. Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik, tarafların iradeleriyle serbestçe tasarrufta bulunabildiği konularla ilgili uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilmesidir⁴⁶. Tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların tahdidi olarak belirlenmesi (sayılması) mümkün değildir. Ancak kanunda tahkime elverişlilik bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. HMK m. 408’deki “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” ifadesi ile tahkime elverişli konular sınırlandırılmıştır⁴⁷.

İsviçre hukukunda tahkime elverişlilik İsv. HMK m. 354’te düzenlenmiştir. Buna göre, tahkimin konusu, tarafların üzerinde serbestçe hak iddia edebilecekleri uyuşmazlıklardır. İsviçre hukukunda da tahkim edilebilirlik, ihtilaflı bir konunun tahkim yoluyla ele alınıp alınmayacağını ifade eder⁴⁸. Bu nedenle tahkim edilebilirlik, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkim mahkemesinin yargı yetkisi için bir ön

⁴⁴ HMK’daki bu hükümlerle, iç tahkim bakımından “*toprak ilkesi*” açıkça kabul edilmiştir (Özbay/Korucu, s. 5).

⁴⁵ Pekcanitez Usul, s. 2631.

⁴⁶ Özbay/Korucu, s. 7; Pekcanitez Usul, s. 2632; Kuru/Aydın, s. 698. Tarafların uyuşmazlığı tahkime taşıma hususundaki irade serbestisinin sona ermesi ve kamu yararının başlaması anlamına gelmektedir (Yeşilova, s. 270).

⁴⁷ Pekcanitez Usul, s. 2632. Alman Medeni Usul Kanunu (dZPO) § 1030/ I’de de, “*tarafların serbestçe sulh yapma yetkisine sahip olmaları koşuluyla, malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğu*” şeklinde bir ifadeyle tahkime elverişlilik bakımından bir sınırlama mevcuttur.

⁴⁸ Myriam A. Gehri ve Michael Kramer, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2010 (Gehri/Kramer ZPO Kommentar-Tanja Planinic/Nadja Kubat Erk, Art. 354, Kn. 1, s. 577).

koşul olarak kabul edilir⁴⁹. Tahkime elverişliliğin bulunmaması, tarafların koşulsuz kabulüyle giderilemez⁵⁰.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamadığı durumlar (örneğin, sulh veya kabul), kanunda açıkça tahkime müsait olmadığı belirtilen uyuşmazlıklar (örneğin, taşınmazların aynına ilişkin davalar⁵¹) veya resen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklar (örneğin, boşanma, soy bağının reddi, velayet vb. davalar) tahkime elverişli değildir⁵². Kamu yararının ya da üstün bir menfaatin söz konusu olduğu durumlarda tahkime elverişlilik söz konusu olamaz⁵³. Ayrıca ceza

⁴⁹ Gehri/Kramer ZPO Kommentar-Tanja Planinic/Nadja Kubat Erk, Art. 354, Kn. 1, 14, s. 577, 580.

⁵⁰ Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler ve Christoph Leuenberger (Herausgeber), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2010 (Wenger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leucoberger, ZPO Komm., Art. 354, N. 9, s. 2271).

⁵¹ “*Tapu iptal ve tescil davalarında hakemlerin karar vermesi mümkün olmayıp bu husus kamu düzenine dair olduğundan görevi gereği mahkemeler, hakemler ve temyiz aşamasında Yargıtayca dahi kendiliğinden göz önünde tutulur*” 15. HD, T. 10.10.2011, E. 2011/4411, K. 2011/5792, (www.kazanci.com). Şayet uyuşmazlık, taşınmazın aynına ilişkin haklardan olmayıp şahsi haklarla ilişkin ise (örneğin uyuşmazlık, taşınmaz satımından kaynaklanan alacağın tahsili ise) bu uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 825; Özbay/Korucu, s. 8; Ekşi, s.76). Budak/Varol’a göre, kanunun amacı dikkate alınarak, yeki sözleşmesiyle ilgili HMK m. 17 hükmünün tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmeleri bakımından da uygulanması ve tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde bulunan tahkim şartlarının tüketiciye karşı ileri sürülemeyeceğinin kabulü gerekir (Budak/Kararaslan, s. 480).

⁵² Özbay/Korucu, s. 10; Pekcanitez Usul, s. 2633 vd.

⁵³ Ekşi, s. 73 vd.. Örneğin, işçinin veya tüketicinin dezavantajlı olduğu durumlarda tahkime elverişlilik yoktur. Nitekim 7. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, işçi ile işveren arasında işçilik alacağı uyuşmazlığı nedeniyle açılan davada uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir. İlgili karar için bakınız: 7. HD, T. 13.11.2014, E. 9899/20785 (www.lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. 7. HD, T. 20.02.2013, K. 11548; 7. HD, T. 15.01.2013, K. 8719 (www.lexpera.com.tr). 7. Hukuk Daire’sine karşın 9. Hukuk Dairesi farklı yönde karar vererek işe iade davalarındaki uyuşmazlıkların tarafların arzularına tâbi olması nedeniyle tahkime elverişli olduğuna hükmetmiştir. “4856 Sayılı Kanununun 20. maddesi uyarınca iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından işe iade davaları yönünden

yargılamasındaki, idari yargılamadaki⁵⁴, takip hukukundaki⁵⁵ ve çekişmesiz yargı işlerindeki uyumsuzluklar da tahkime elverişli değildir⁵⁶. Bunların yanında manevi tazminat davasına konu yapılan uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmaması hususunda doktrinde tartışma vardır. Manevi tazminat davasında takdir hakkının kanunen hâkime verilmesi ve davalının kabulünün hâkimi bağlamaması (tarafın serbestçe uyumsuzluk hakkında tasarruf edememesi) yönüyle tahkime elverişli olmadığı savunulduğu görüşe⁵⁷ karşın, manevi tazminat davasının tahkim yargılamasına konu yapılmasına engel olmaması gerektiği görüşü de savunulmuştur⁵⁸.

Tahkime elverişlilik, sübjektif ve objektif elverişlilik şeklinde ikiye ayrılır. Sübjektif elverişlilik kişi (taraf) yönünden tahkime elverişli

tahkim sözleşmelerinin uygulanabileceği; özellikle 6356 Sayılı Kanununun 79. maddesinde bu kanundan kaynaklanan uyumsuzluklarda iş mahkemelerinin yetkili ve görevli olduğu hususundaki emredici hükümler karşısında davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” 9. HD, T. 16.09.2014, E. 22461/26777 (www.lexpera.com.tr). Tüketicinin taraf olduğu uyumsuzluk için tahkime gidilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı için bakınız: 13. HD, 20.10.2008, 6195/12026 (www.kazanci.com).

⁵⁴ “*Fakat uygulamada, idarî sözleşmelere bazen tahkim şartı da konulmakta ve bu idarî sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar için, idarî mahkemeler yerine, hakemlerde dava açılmaktadır.*” (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 822).

⁵⁵ Örneğin, itirazın kaldırılması talebi veya hacizli mal için istihkak iddiası hakkında hakeme başvurulamaz. Buna karşılık, İcra İflas Kanununda düzenlenmiş maddi hukuka ilişkin olan davalar hakkında ise (örneğin istirdat davasında veya itirazın iptali davasında) tahkim yoluna başvurulabilir (Nevhis Deren Yıldırım, Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik (Tahkime Elverişlilik), Alkım Yayınları, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, Yıl: 2007, ss. 47- 61, s. 53; Sarısözen, s. 12).

⁵⁶ Deren Yıldırım, Tahkime Elverişlilik, s. 53; Sarısözen, s. 12.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Erol Ertekin/İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997. s. 89.

⁵⁸ Özbay/Korucu, s. 11; Paul Oberhammer, Tanja Domej ve Ulrich Haas, Kurzkomentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, 2013 (KUKO ZPO-Felix Dasser, Art. 354, N. 3) .

olmayı ifade eder⁵⁹. Objektif elverişlilik ise, uyuşmazlığın konusu bakımından (başka bir deyişle tahkim sözleşmesinin konusunun) tahkime elverişli olmasını ifade eder. Yukarıda da değinildiği üzere tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlık konuları tahkime (objektif olarak) elverişlidir⁶⁰.

C. Tahkim Türleri

Tahkim öncelikle iç (ulusal, milli) ve uluslararası (milletlerarası) tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ulusal tahkime ilişkin hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunu ile de uluslararası tahkime ilişkin hükümler düzenleme alanı bulmaktadır. Bir tahkim kurumunun kuralları çerçevesinde ve o kurumun gözetimi altında yapılan tahkim kurumsal tahkim⁶¹ olarak nitelendirilirken, herhangi bir tahkim kurumunun gözetimi altında yapılmayan tahkime arızî tahkim denilmektedir. Bunlar dışında tahkim, genel olarak ihtiyari ve zorunlu tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1. Zorunlu Tahkim

Zorunlu tahkim, Türk hukukunda genel nitelikli kanunlarda bazı özel hükümlerle veya tahkime ilişkin bazı özel kanunlar ile düzenlenmiştir. Zorunlu tahkimin söz konusu olduğu durumlarda, tahkim yargılamasının yapılabilmesi için taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin yapılması gerekli değildir⁶²; çünkü tarafların zorunlu tahkime gitmeleri kanuni düzenlemeye dayanmaktadır. Zorunlu tahkime ilişkin hükümler, “*Çeltik Ekimi Kanunu*”, “*3533 Sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daire ve Belediyelerle, Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler*

⁵⁹ Örneğin, reşit olmayan, müflis veya tahkime elverişli olmayan konulardaki kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurması, diğer bir ifadeyle tahkim sözleşmesi yapması mümkün değildir.

⁶⁰ Pekcanitez Usul, s. 2635; Deren Yıldırım, Tahkime Elverişlilik, s. 51-52.

⁶¹ Örneğin IIC (International Chamber of Commerce-Milletlerarası Ticaret Odası), İstanbul Tahkim Merkezi, TOBB (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği), CAS (Court of Arbitration for Sport-Spor Tahkim Mahkemesi) kurumsal tahkim örneklerindedir.

⁶² Ekşi, s. 15 vd.

*Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun*⁶³“ gibi özel kanunlarda ya da “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*”⁶⁴ un ilgili yerlerinde düzenlenmiştir⁶⁴.

Zorunlu tahkim, taraflardan birinin hakem sıfatıyla mahkemeye (duruma göre hakem heyetine) başvurması ile başlar. Yargılama usulünün belirlenmesi yetkisi (hakem sıfatıyla davaya bakacak olan) hâkime (veya hakeme) verildiğinden, taraflar yargılama usulünü belirleme serbestisine sahip değillerdir⁶⁵.

Tüketici uyuşmazlığından kaynaklanan bir sorunun çözümü için hakem heyetine (kanuni parasal sınıрын aşılması şartıyla)⁶⁶

⁶³ RG, T. 16. 07.1938/396, KT: 29.06.1938. Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanlar (yani sadece *özel hukuka* ilişkin uyuşmazlıklar), 3533 sayılı Kanun’da yazılı tahkim usulüne göre çözümlenir (3533 sayılı Kanun m. 1). “*Bir uyuşmazlığın 3533 sayılı Kanun çerçevesinde çözülebilmesi için, anılan Kanunun 1. maddesindeki açık hükme göre, uyuşmazlık; umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkmış olmalı ve adli yargının görev alanı içerisinde bulunmalıdır. Uyuşmazlığın her iki tarafının da hu hüküm kapsamında olması zorunludur; aksi takdirde, davaya anılan Kanun çerçevesinde mecburi hakem sıfatı ile bakılamaz. Öte yandan davanın hakemde görülmesi demek, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun ilgili maddelerinin olaya uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.*” HGK, E. 2010/4-607 K. 2010/663, T. 15.12.2010 (www.kazanci.com).

⁶⁴ Ekşi, s. 15 vd.

⁶⁵ Örneğin, 4077 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*’unda tüketici sorunları hakem heyetinin üyelerinin nasıl belirleneceği belirtilmiştir (4077 sayılı Kanun m. 22). Tarafların, heyet üyelerini seçme hakkı bulunmamakta ve tarafların hakem heyetinin uygulayacağı hükümleri belirleme serbestisi yoktur.

⁶⁶ Tüketici Sorunları Hakem Heyeti’ne başvuru için getirilen parasal sınırı Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen yıllık ortalama fiyat artışı oranı kadar her yıl artırılır. Her yıl belirlenen bu artış oranı, aynı zamanda hakem heyetinin verdiği kararların bağlayıcı veya delil olacağına ilişkin parasal sınırı da belirlemektedir. 4077 sayılı Kanun’a göre, tüketici uyuşmazlık konusu olan mal veya hizmetin değeri belirlenen parasal sınıрын altında ise uyuşmazlığın çözümü için Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulması zorunludur. Fakat bazı

başvurulması zorunludur (4077 sayılı Kanun m. 22). Cezai yaptırımını gerektiren hususlar dışında tüketici sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için (kanuni parasal sınırın aşılması şartıyla) tüketici hakem heyetine başvurulması zorunludur⁶⁷.

2. İhtiyari Tahkim

Kanuni bir mecburiyetten kaynaklanmayıp tarafların serbest iradeleriyle kendi aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için başvurdukları tahkime ihtiyari tahkim denir⁶⁸. Adından da anlaşılacağı üzere, taraflar ihtiyari tahkime başvurma mecburiyetinde değildirler. Yani uyuşmazlığın çözümü için taraflar isterse genel mahkemeye gidebilir, isterse alternatif bir yol olarak tahkim yoluna başvurabilirler. Bu yönüyle ihtiyari tahkimde sözleşme özgürlüğü (irade serbestisi) esastır⁶⁹. Kanunen tahkime başvurmanın zorunlu olduğu durumlarda (zorunlu tahkim

durumlarda uyuşmazlığın değeri belirlenen parasal sınırın altında olsa bile tüketici sorunlarının çözümü için (hakem heyeti yerine) tüketici mahkemesine başvurulması gerekebilir. Bu hususa ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, ipoteğin fekkinin tapu kütüğündeki değişiklik etkisi nedeniyle bu hususta karar verilmesi görevinin hakem heyetine değil, tüketici mahkemesinde olması gerektiğine hükmetmiştir. (Karar için bkz T. 28.03.2012, E. 2012/13-23, K. 2012/255 (www.kararara.com)).

⁶⁷ Tüketici uyuşmazlığı hakkında hakem heyetinin verdiği karar, (medeni yargılama hukuku çerçevesinde) kesin hüküm niteliğine sahip değildir. Fakat tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar, meydana getirdiği etki bakımından kesin hüküm etkisine çok yaklaşmaktadır. Zira tüketici hakem heyetinin karar verdiği bir uyuşmazlık hakkında, genel mahkemelere başvurulamaz ve tüketici hakem heyetinin verdiği karar, taraflar için bağlayıcıdır. TKHK m. 70/1: “İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar.” Tüketici sorunları hakem heyetinin verdiği karar, tüketici mahkemesinde delil olarak kullanılabilir. Tüketici hakem heyetinin verdiği karar, ilam niteliğinde bir belgedir (TKHK m. 70/2). Bu nedenle tüketici hakem heyetinin vermiş olduğu bir karar neticesinde, alacağı yerine getirilmeyen taraf, bu alacağın icrası için ilamlı icra yoluna başvurabilir (TKHK m. 70/2) (Ali Cem Budak, Tüketici Hakem Heyetleri, Pekcanitez’e Armağan Cilt I, DEÜHF Dergisi, Cilt: 16 Özel Sayı, İzmir 2015, s. 95).

⁶⁸ Yeğengil, s. 20.

⁶⁹ Türkoğlu, s. 12.

hallerinde) taraflar mahkemeye başvuramadığı gibi, aralarında anlaşarak ihtiyari tahkime de başvuramazlar⁷⁰.

IV. TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Tahkim sözleşmesi, tarafların arasındaki mevcut ya da muhtemel bir uyuşmazlığın mahkemeler vasıtasıyla değil de kendilerinin kararlaştırdıkları hakemlerce çözümlenmesi için yaptıkları sözleşmedir⁷¹. Başka bir ifadeyle tahkim sözleşmesi, mahkemelerdeki yargılamaya alternatif bir yol olan tahkime başvurulması için taraflarca yapılan sözleşmedir⁷². İsviçre hukukunda tahkim sözleşmesi, İsv. HMK m. 357’de düzenlenmiştir. Buna göre de tahkim anlaşması hem mevcut hem de gelecek için yapılabilir (İsv. HMK m. 357/1). Yine tahkim sözleşmesinin konusu, tarafların arasındaki sözleşme veya sözleşme dışındaki hukuki ilişki olabilir⁷³.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı olarak yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilir (HMK m. 412/2). Tahkim sözleşmesi, yazılı şekilde yapılır (HMK m. 412/3⁷⁴; İsv. HMK m. 358). İsviçre doktrinine göre tahkim sözleşmesinin varlığı için imza şart değildir ve sözleşmenin varlığının bir metinle doğrulanması

⁷⁰ Yeğencil, s. 102.

⁷¹ Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 609; Kuru/Aydın, s. 697; Budak/Karaaslan, s. 477; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 734; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 760; Müller-Chen/Egger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leueoberger, ZPO Komm., Art. 357, N. 1, s. 2285.

⁷² Belirtmek gerekir ki, HMK’da tahkim sözleşmesini yapabilecek kişiler bakımından yetki sözleşmesine benzer bir sınırlama getirilmemiştir (Budak, s. 38; Özbay/Korucu, s. 11).

⁷³ Müller-Chen/Egger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leueoberger, ZPO Komm., Art. 357, N. 3, s. 2285.

⁷⁴ “... Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.” (HMK m. 412/3).

yeterlidir⁷⁵. Bu nedenle e-posta, SMS veya diğer iletişim araçlarıyla da tahkim sözleşmelerinin yapılabileceği kabul edilmektedir⁷⁶.

Tarafların tahkim sözleşmesini yaparken tahkim yargılamasına konu yapılacak hukuki işlemin (uyuşmazlığın) belirli olması gerekir. Yani uyuşmazlığın hangi hukuki işlemde kaynaklandığının taraflarca bilinmesi ve tahkim yargılamasında belirtilmesi gerekir. Belirli bir uyuşmazlık olmadan tahkim sözleşmesinin yapılması tahkim mantığına ters düşmektedir⁷⁷. Tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından olduğundan⁷⁸, kamu düzenine aykırı yapılmış olan tahkim sözleşmesi de geçerli olmayacaktır⁷⁹.

Tahkim sözleşmesi, taraflar açısından bağlayıcıdır⁸⁰. Kural olarak, üçüncü şahıslar tahkim yargılamasına katılmakla yükümlü tutulamazlar⁸¹. Tahkim sözleşmesine rağmen taraflardan birisi

⁷⁵ KUKO ZPO-Felix Dasser, Art. 358, N. 1.

⁷⁶ KUKO ZPO-Felix Dasser, Art. 358, N. 1.

⁷⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 601. Örneğin, tarafların “*Bundan sonra aramızda meydana gelecek bütün uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulacaktır.*” şeklindeki bir ifade ile genel bir tahkim sözleşmesi yapılırsa, geçerli olmayacaktır. Zira tahkim sözleşmesinde belirlilik ilkesi esastır (Sarısözen, s. 10).

⁷⁸ Özbay/Korucu, s. 7.

⁷⁹ Özbay/Korucu, s. 6. Yine Yargıtay’a göre, “*Dairemiz ve yerleşik Yargıtay içtihatlarında geçerli bir tahkim şartı varlığı veya tahkim anlaşmasının geçerli sayılabilmesi için uyuşmazlığın kesin olarak hakemde çözülebileceğinin kararlaştırmış olması gerektiği kesin iradeyi ortadan kaldıran ya da zayıflatan kayıtların tahkim sözleşmesi veya şartını geçersiz-hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir. Taraflar sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi sadece bir bölümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini de kararlaştırabilirler.*” 15. HD, T. 29.06.2020, E. 2019/3450, K. 2020/1932 (www.kazanci.com).

⁸⁰ Tahkim sözleşmesi (kural olarak) yalnızca tahkim sözleşmesinin tarafları açısından bağlayıcıdır. Tahkim sözleşmesinin yalnızca tarafları (nisbilik ilkesi) açısından hüküm doğurmakla birlikte bazı durumlarda tahkim sözleşmesinin üçüncü kişiler için de geçerli (bağlayıcı) olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir (Pekcanitez Usul, s. 2628-2629).

⁸¹ Müller-Chen/Egger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leucoburger, ZPO Komm., Art. 357, N. 1, s. 2285.

mahkemede dava açarsa, diğer taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir⁸². Tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, sözleşme konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Hukuken geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı devlet mahkemelerinin yargı yetkisini ortadan kaldıracaktır ve sözleşmeden doğan yükümlülük gereği, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü hakeme bırakmalıdırlar⁸³. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder (HMK m. 413). Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir. Tahkim ilk itirazının usulüne uygun biçimde ileri sürülmemesi halinde mahkeme davayı inceleyip karara bağlayacaktır⁸⁴.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık ile ilgili yargılama devam ederken, önceden yapılmış tahkim sözleşmesi olmasa dahi tahkim yoluna gitme konusunda anlaşma sağlayabilirler⁸⁵. Kanaatimizce tahkim yolunun rahatlıkla tercih edilmesini sağlamak amacıyla, daha önce mahkemede bir davanın açılması tahkime başvurmaya engel teşkil etmeyecektir⁸⁶. Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları hâlinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem/hakem kuruluna istem üzerine gönderilir (HMK m. 412/5).

⁸² Tahkim sözleşmesinin icra takiplerini de kapsayıp kapsamadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Pekcanitez'e Armağan, Cilt III, DEÜHF Dergisi, Cilt: 16 Özel Sayı, İzmir, 2015, s. 541. Kanaatimizce, tahkim sözleşmesinde ifade edilen devlet yargılamasından kasıt, yalnızca mahkemeler değil, devletin adalet teşkilâtının tamamıdır. Bundan dolayı, icra daireleri de, adalet teşkilâtının bir parçası olduğundan, tarafların hakeme başvurmadan ilamsız icra takibine başvurması mümkün değildir.

⁸³ Mustafa Serdar Özbek, Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2019, Sayı: 2, ss. 179-253, s. 179.

⁸⁴ Özbek, s. 182. Tahkim ilk itirazı cevap süresi içinde ve cevap dilekçesi ile ileri sürülmelidir (HMK m. 117). Cevap dilekçesi verme süresi dava dilekçesinin davalıya tebliğinde itibaren iki haftadır ve bu süre hak düşürücü niteliktedir (HMK m. 127/1).

⁸⁵ Özbek, s. 180.

⁸⁶ Özbek, s. 180.

Tahkim sözleşmesi amacına ulaşmasıyla (yani uyuşmazlığın tahkim yargılamasına konu olmasıyla) kendiliğinden son bulur (HMK m. 435/2; MTK m. 138/1). Taraflar serbest iradesiyle her zaman tahkim sözleşmesini geçersiz kılabilirler. Tahkim sözleşmesi, esas sözleşmeden bağımsızdır. Esas sözleşmenin geçersizliği⁸⁷ tahkim sözleşmesini geçersiz kılmaz⁸⁸. Yargıtay da bu görüştedir⁸⁹. Bunun yanında tahkim sözleşmesi taraflarca belirli bir süre için kararlaştırılmışsa, bu sürenin dolması ile sözleşme kendiliğinden sona erer. Tahkim sözleşmesinin taraflardan birisinin tek taraflı iradesiyle sonlandırılması mümkün değildir⁹⁰.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, tartışmalar sözleşmenin maddi hukuk nitelikli olduğu, usul hukuku nitelikli olduğu ya da karma bir yapıya sahip olduğu düşünceleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tarafların serbest iradeleri ile tahkim sözleşmesini yapmaları, sözleşmenin geçerliliği bakımından maddi hukuk kurallarının geçerli olması gibi hususlar nedeniyle tahkim sözleşmesi maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulamalarından hareketle tahkim sözleşmesi, devlet mahkemelerine başvuru imkânını ortadan kaldırarak hakemlere yargılama yetkisi vermesi sebebiyle etkilerini usul hukuku alanında gösteren usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmiştir⁹¹. Tahkim sözleşmesini, etkilerini öncelikle usul hukuku alanında gösterdiği için bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁸⁷ Asıl sözleşmenin geçersizliği ve yokluğu durumlarının tahkim sözleşmesine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S. 1-2, ss. 535-562.

⁸⁸ Gehri/Kramer ZPO Kommentar-Tanja Planinic/Nadja Kubat Erk, Art. 357, Kn. 3, s. 584.

⁸⁹ 11. HD, T. 23.03.2010, E. 5901, K. 3203 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁰ Tahkim ilk itirazında bulunulmaması da tahkim sözleşmesini ortadan kaldırır.

⁹¹ Pekcantez Usul, s. 2598.

V. HAKEMİN BELİRLENMESİ VE HAKEMLİĞE İLİŞKİN ESASLAR

A. Hakemin Belirlenmesi (Seçilmesi)

Tarafların tahkim sözleşmesini yapmasıyla aralarındaki uyuşmazlığın çözümü hususu hakeme bırakıldığından, hakemin belirlenmesi tahkim yargılaması bakımından son derece önemlidir. Hakemin belirlenmesi hem yetkileri bakımından tahkim yargılaması için önemli hem de hakem seçimi olmadan yargılama başlamayacağından tahkim yargılamasının başlaması bakımından da önemlidir⁹².

Hakemin belirlenmesi özellikle ihtiyari tahkim bakımından önem arz etmektedir. Tarafların tahkimi seçmesinde ihtiyarilik esas olduğu gibi hakemin belirlenmesinde de ihtiyarilik esastır⁹³. Taraflar dilediği hakemi serbestçe belirleyebilirler. Aynı şekilde mahkemece hakem seçilecekse, taraflar hakemin sahip olması gereken özellikleri de serbestçe belirleyebilirler. Taraflar, hakemin belirlenmesi, özellikleri, sayısı ve yargılama süresinin tayini hususlarında irade serbestisine sahiptirler⁹⁴.

HMK'ya göre hakem sayısının tek olması şartıyla taraflara hakemlerin belirlenmesi serbestisi tanınmıştır (HMK m. 415/1). Hakem sayısı bakımından herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Şayet

⁹² Akıncı, s. 104.

⁹³ “Somut olayda taraflar yasal düzenleme kapsamında hakemlerin seçim usulünü sözleşme ile belirlemişlerdir. Davacı vekilince iptal iddiasına dayanak yapılan düzenleme, taraflarca kararlaştırılmış olup, iş bu davada iptal nedeni olamaz. Diğer taraftan, tahkim yargılamasında bilirkişinin hakemlerden birinin yanında staj yapmış olmasının hakemlerin tarafsızlığına gölge düşürdüğü yönündeki itirazı değerlendirildiğinde, davacı tarafından tahkim yargılaması sırasında bu yöndeki itirazlarını HMK m. 409 ve 412/3 gereği ileri sürmemiştir. Bu nedenle bu itiraz haktan da feragat etmiş sayılacağından, bu iddiasının kanun tarafından iptal nedenleri arasında gösterilen “f” bendi dahilinde değerlendirilmesi uygun bulunmamıştır.” 6. HD, T. 23.11.2021, E. 2021/5566, K. 2021/1702 (www.kazanci.com).

⁹⁴ Yeğengil, s. 224; Türkoğlu, s. 77. MTK'da da hakemin belirlenmesi hususunda tarafların iradesi esastır. Fakat taraflarca aksi kararlaştırılabilir, aksi kararlaştırılmadığı sürece MTK'nın hakem seçimine yönelik kuralları uygulanır (MTK m. 7/B).

hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa, üç hakem seçilecektir (HMK m. 415/2)⁹⁵. Uygulamada ise genellikle üç hakem seçilmektedir⁹⁶.

B. Hakemliğe İlişkin Esaslar

Tarafların tahkim sözleşmesini yapmasıyla uyuşmazlığın çözümü hakemler vasıtasıyla yapılır. Tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir. Tahkim sözleşmesi taraflar arasında yapılırken, hakem sözleşmesi taraflarla hakemler arasında yapılan sözleşmedir⁹⁷. Tahkim sözleşmesinden farklı olarak taraflar ile hakem/hakemler arasında ayrıca bir hakem sözleşmesinin de yapılması gerekir⁹⁸. Hakem sözleşmeleri her ne kadar taraflar ile hakemler arasında özel hukuk ilişkisi doğuran Borçlar Kanunu hükümlerine tabi sözleşmeler olarak kabul edilse de⁹⁹; usul hukuku alanında da etkileri olan, Türk hukuku bakımından kendine özgü sözleşmelerdir¹⁰⁰. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olması şart iken; hakem sözleşmesi için bu şart yoktur ve sözlü olarak da yapılabilir¹⁰¹. Taraflarla

⁹⁵ “Tahkim mukavelesinde hakemlerin kim tarafından seçileceği gösterilmiş ve fakat kaç kişi olacağı belirtilmemişse, tahkim mukavelesinde gösterilen kimse veya makam (İstanbul barosu yönetim kurulu), üç adet hakem seçmekle mükelleftir. İki hakem seçilirse, usulün 520. maddesine uygun bir hakem heyeti teşekkül etmiş olmadığından, bu iki hakemin verdikleri karara hakem kararı denemez ve bunun hiçbir kanuni değeri yoktur.”; 4. HD, T. 19.02.1957, E. 6772, K. 846 (www.kazanci.com).

⁹⁶ Özbay/Korucu, s. 57. Hakemlerin tek sayıda olmasına ilişkin HMK m. 415’deki hükmün emredici nitelikte olmadığı ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini kabul etmek gerekir. İki hakem seçilmişse kararın oybirliğiyle alınması zorunluysa da diğer çift sayılarda hakem kurullarında kara oyçokluğu ya da oybirliği ile alınabilir (Ekşi, s. 157).

⁹⁷ Ekşi, s. 155; Sera Reyhani Yüksel, Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Yıl: 2016, ss. 2435-2452, s. 2437.

⁹⁸ Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemlerin ücreti, dava konusu alacağın miktarı, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır (HMK m. 440).

⁹⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 827; Reyhani Yüksel, s. 2438.

¹⁰⁰ Pekcanitez Usul, s. 2690.

¹⁰¹ Ekşi, s. 155.

hakem sözleşmesinin yapılmasıyla hakemin uyuşmazlığı çözme yetkisi başladığı gibi, tahkim yargılaması da başlar.

Mahkemelerdeki yargılamalarda hâkimin rolü (ve dolayısıyla görev, yetki ve sorumlulukları) niteliğine uygun düştüğü ölçüde tahkim yargılamasında hakeme geçmektedir¹⁰². Bu itibarla hakemin tabi olduğu ret sebepleri ve ret usulü HMK m. 417 ve m. 418’de düzenlenmiştir¹⁰³. Hakem, bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren bir durumu fark ettiğinde/öğrendiğinde bu durumu taraflara bildirmelidir (HMK m. 417). Taraflar da hâkimde reddedilmesini haklı kılacak bir durumun varlığını tespit ettiği takdirde hakemin reddini talep edebilirler¹⁰⁴.

Hakem/hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin varlığına (veya bu sözleşmenin geçerliliğine) yönelik itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptirler (HMK m. 422). Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, mahkemelerde olan bu yetki, mahkemelerden alınarak hakemlerin eline bırakılmıştır¹⁰⁵. Taraflar da hakemin/hakemler kurulunun yetkisine ilişkin itirazda bulunacaksa, bunu en geç cevap dilekçesinde ileri sürmelidirler (HMK m. 422/2). Tarafların hakemi/hakemler kurulunu seçmesi onların yetkisine itiraz etmesine (veya hakemi reddetmesine) engel değildir. Hakem/hakemler kurulu,

¹⁰² Hakemlerin sorumluluğu HMK’da düzenlenmiştir. Örneğin, (taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa) tahkimi kabul eden hakem, haklı bir sebep olmadan tahkim yargılamasındaki görevini yapmaktan kaçınırsa, taraflar bu sebepten dolayı uğradığı zararın tazminini hakemden talep edebilirler (HMK m. 419).

¹⁰³ Hakemin reddi konusunda HMK m.417’de üç sebep düzenlenmiştir: “(1) Hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması, (2) Taraflarca hakemin reddi sebepleri belirlenmiş olduğu hallerde, bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi, (3) Hakemin, tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi.”

¹⁰⁴ Tarafın kendi atadığı ya da atanmasında hazır bulunduğu bir hakemi reddedebilmesi için ret sebebini atama tarihinden sonra öğrenmiş olması gerekir. Atama tarihinden önceki sebeplerden dolayı hakemin reddini talep edemez. Böylelikle kötü niyetli olarak hakemin reddinin talep edilmesi engellenmektedir (Ekşi, s. 160-161).

¹⁰⁵ Özbay/Korucu, s. 77.

yetkisizlik itirazını öncelikli (ön sorun) olarak inceler ve bu hususu karara bağlar¹⁰⁶ (HMK m. 422/5).

VI. TAHKİMDE YARGILAMA (HAKEM YARGILAMASI)

A. Tahkim Yargılamasının Başlaması

Tahkim yargılamasında davanın ne zaman açılmış sayılacağı hususuna ilişkin hüküm MTK m. 10'da düzenlenmiştir. Buna göre, (aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça) tahkim yargılamasında hakemlerin mahkemece seçilmesi için asliye hukuk mahkemesine (veya tarafların aralarında hakem seçimi için kararlaştırdığı kişi, kurum veya kuruluşa) başvurduğu tarihte; şayet hakem sözleşmesinde hakemin belirlenmesi iki tarafa ait olduğu kararlaştırılmışsa, davacının hakem seçimini yapıp davalı tarafa hakem seçimi için bildirimde bulunduğu tarihte ya da tahkim sözleşmesinde hakem/hakemler açıkça belirtilmişse, tahkim yargılaması için talepte bulunan tarafın talebinin karşı tarafa tebliğ edildiği (öğrendiği) tarihte dava açılmış sayılır¹⁰⁷ (MTK m. 10/A).

UNCITRAL Model Kanunu'na göre de davalı tarafa tahkim bildirimini bulunduğu tarihte dava açılmış sayılır (m. 3/2). Tahkim bildirimi karşı tarafa yapılırken tahkim yargılamasına ilişkin talep, tarafların ad-soyadları, tahkime konu yapılacak uyuşmazlığın konusu, miktarı, niteliği ve netice-i talebin karşı tarafa bildirilmesi gerekir (m. 3/3). Karşı tarafa yapılacak olan tahkim bildirimini bir dava dilekçesi olmadığından, yapılacak olan tahkim bildirimini ile birlikte dava dilekçesi de gönderilebilir¹⁰⁸.

Tahkim yeri neresidir? Tahkim yeri, tahkim yargılamasına konu yapılacak uyuşmazlığın çözümü için hakem/hakem kurulunun yargılamayı yapacağı yerdir. Tahkim yerine ilişkin UNCITRAL Model Kanunu m. 18/1, MTK m. 9/1 ve HMK m. 425'te birbirine paralel

¹⁰⁶ Budak, s. 49. Hakem/hakem kurulunun yetkisizlik kararı vermesi üzerine HMK m. 20 gereği mahkemelerdeki yetkisizlik ve görevsizlik kararı üzerine yapılan işlemler burada da kıyasen uygulama alanı bulur (Özbay/Korucu, s. 77 vd.).

¹⁰⁷ Mahkemede görülen bir davada taraflardan biri ihtiyati tedbir (veya haciz) kararı almışsa, bu karardan itibaren 30 gün içinde tahkim yargılaması için talepte bulunmak (dava açmak) zorundadır. (MTK m.10/A-II).

¹⁰⁸ Türkoğlu, s. 71.

düzenleme mevcuttur. Tahkim yeri taraflarca serbest bir şekilde kararlaştırılır. Eğer tahkim yeri taraflarca kararlaştırılmamışsa, tarafların seçtiği hakem/hakem kurulunca uyuşmazlığın niteliğine göre kararlaştırılabilir¹⁰⁹ (HMK m. 425). Taraflarca tahkim yerinin kararlaştırılmaması durumunda, hakem/hakem kurulu, tahkim yeri belirlemesini tahkim usulünün belirleneceği ilk toplantıda yapmalıdır¹¹⁰. Tahkim yeri taraflarca kararlaştırılmışsa, hakem/hakem kurulu yargılamayı taraflarca kararlaştırılan yerde yapmalıdırlar¹¹¹. Taraflarca veya hakemlerce belirlenen tahkim yeri yargılama devam ederken keyfi değiştirilemez. Fakat gerekli olan durumlarda (hakemlerin önceden taraflara bildirmesi şartıyla (MTK m. 9/3) tahkim yeri değiştirilebilir. Ayrıca gerekli görülen durumlarda, tanığın dinlenmesi, keşif, duruşma veya belgenin incelenmesi gibi hususlar için kararlaştırılan yer dışında başka yerde de tahkim yapılabilir (HMK m. 452/2).

B. Tahkim Yargılamasının Yapılması

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü hususunda mahkemelere alternatif yol niteliğinde olan tahkimde, mevcut hukuk kuralları çerçevesinde hakkaniyet ve adaletin sağlanması için hakemlerce yargılama yapılmaktadır. Adil yargılanma hakkının¹¹² bir gereği olarak hakem/hakem kurulu tarafından yapılan yargılamada hukuki dinlenilme hakkına dikkat edilmeli ve taraflara eşit davranılmalıdır¹¹³. Hakem/hakemler kurulunun taraflara eşit ve tarafsız davranmamış olmaları, hukuki dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴.

¹⁰⁹ Örneğin, uyuşmazlığın ya da uyuşmazlığın taraflarının Türkiye ile bir ilişkisi yoksa hakemlerce Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlenmesi kanuna uygun değildir (Özbay/Korucu, s. 92; Budak, s. 35).

¹¹⁰ Dayınlarlı, s. 63; Sarısözen, s. 49.

¹¹¹ Uygulama tahkim yerinin belirlenmesi genelde hakemlere bırakılır (Türkoğlu, s. 71).

¹¹² Adil yargılanma hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, Nisan S. 2, Yıl: 1997, ss. 35-55.

¹¹³ Efe Direnisa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararlarının Gerekeşi Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, C. 20, Sayı:233, Yıl: 2022, ss. 1549-1602, s. 1551.

¹¹⁴ Hakan Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Yıl: 2000, ss. 753-791, s. 767.

Pozitif hukuk kurallarına tabi olunması yönüyle mahkemelere benzer yargılama yapılmakla birlikte tahkimin özellikleri nedeniyle birçok açıdan avantajlı bir yargılama yapılmaktadır.

Tahkim yargılamasında mahkemelerdeki yargılamada olduğu gibi, iddia ve savunmaların alınması, tanık dinlenmesi, keşif, bilirkişi¹¹⁵, duruşmanın yapılması veya delillerin incelenmesi gibi hususlar mevcudiyetini korumaktadır. Tahkim yargılamasında hakemler, tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürmesi, delillerini ibraz etmeleri¹¹⁶ ya da bilirkişiden açıklama alınması gibi durumlarda duruşma¹¹⁷ yapabileceği (HMK m. 429/1) gibi yargılamanın dosya üzerinden yapılmasına da karar verebilirler¹¹⁸.

Tahkim yargılamasında davacı, haklı bir sebep olmadan süresinde dava dilekçesini vermezse (veya dilekçedeki eksiklik tamamlanmazsa) hakemlerce yargılama sonlandırılır (HMK m. 30/1). Belirtmek gerekir ki bu durumun söz konusu olabilmesi için sonuçlarının tarafa önceden bildirilmesi¹¹⁹ gerekir¹²⁰.

İspata ilişkin hususlar bakımından tahkim yargılamasında irade serbestisi esastır. Taraflar ispat kurallarına ilişkin geniş irade serbestisine sahiptir. Bunun yanında hakemler de hâkime nazaran geniş yetkiye

¹¹⁵ Hakem/hakem kumlu, tespit ettiği hususlar hakkında rapor vermesi için bilirkişi seçimine karar verebilir (HMK m. 431/1).

¹¹⁶ Taraflar, hakem/hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanması hususunda mahkemeden yardım talep edebilir (HMK m. 432).

¹¹⁷ Hakemler duruşmanın yapılacağı gün ve saatini taraflara önceden bildirmelidir (HMK m. 429/2).

¹¹⁸ Yargıtay kararı için bkz.: YTD, T. 08.10.1954, E. 6930, K. 6790 (www.kazanci.com). Uygulamada tahkim yargılaması genelde duruşmalı olarak yapılmaktadır (Özbay/Korucu, s. 105-106).

¹¹⁹ Bildirimin yapılması mahkemelerdekine nazaran daha esneklerdir. Örneğin, hakem tarafından tarafların faks numarasına ya da e- mail adresine yapılan bildirim de geçerlidir.

¹²⁰ Tarafların hakemlerce kararlaştırılan duruşmaya haklı bir sebep olmaksızın gelmemesi durumunda da benzer netice doğar. Tarafların duruşmaya gelmemesinin sonucu, aleyhine ileri sürülen vakıaları ikrar etmesi, davayı kabul etmesi ya da talebinden feragat etmesi sonucunu doğurmaz. Fakat yargılamanın devamı için verilmesi gerekli olan kararların, duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda verileceği hususunda taraflara bildirim yapılmışsa, bu kararlar yokluğunda verilir (Özbay/Korucu, s. 105-106).

sahiptir¹²¹. İspat ölçüsü ve ispat yükü bakımından HMK'daki hükümler kıyasen uygulanmakta olup, ispat ölçüsü bakımından tahkimin niteliği gereği tam ispatın arandığı hususlar esnetilmiştir¹²².

Tahkimde taraflar iddia ve savunmalarını haklı gösterecek delillerini dilekçelerine ekleyebilirler (HMK m. 428/2). Taraflar, hakem/hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım talep edebilirler (HMK m. 432). Taraflar vakıaların ispatı hususunda kendi aralarında delil sözleşmesi yapabilirler¹²³ (HMK m. 193).

HMK'da tahkim yargılaması bakımından bir yıllık bir süre (tahkim süresi) öngörülmüştür¹²⁴. Bir yıllık sürenin başlangıcı, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tek hakemli yargılamada hakemin seçildiği; birden fazla hakemli yargılamada ise hakem kurulunun yaptığı ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihtir. Hakem/hakem kurulu öngörülen bu bir yıllık süre içerisinde tahkim yargılamasını sonlandırmalıdır (HMK m. 427). Taraflar, tahkim anlaşmasında veya daha sonraki bir anlaşmada hakem kurulunun görev süresini sınırlayabilirler (İsv. HMK m. 366/1). Tahkim için öngörülen bir yıllık süre kamu düzenine ilişkindir¹²⁵.

¹²¹ İzzet Karadaş, Ulusal (İç) Tahkim, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 173.

¹²² Yani tahkim yargılamasında vakıanın gerçekleşmiş olma olasılığı, gerçekleşmemiş olma olasılığından fazla olması ispat ölçütü için yeterlidir. Özbay/Korucu, s. 108.

¹²³ Delil sözleşmesi, taraflarca tahkim yargılamasından önce yapılabileceği gibi dava açıldıktan sonra da yapılabilir.

¹²⁴ HMK m. 427/1: “*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir*”.

¹²⁵ Özbay/Korucu, s. 157.

VII. HAKEM YARGILAMASININ SONA ERMESİ, BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI VE HAKEM KARARININ İCRASI

A. Hakem Kararı ve Yargılamanın Sona Ermesi

Tahkim yargılaması, hakemin yargılamayı gerçekleştirip nihai kararını vermesi ile ya da HMK m. 435/1’de belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesiyle sona erer.

HMK m. 435/1’e göre tahkim yargılamasını sonlandıran durumlar şunlardır:

1. *“Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa”* (HMK m. 435/1-a).
2. *“Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşılırsa”* (HMK m. 435/1-b). Taraflar arasında yapılacak olan bu anlaşma, tahkimdeki hakemler için de bağlayıcı olacaktır ve hakem yargılamayı sonlandırmalıdır.
3. *“Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa”* (HMK m. 435/1-c).¹²⁶
4. *“427 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse”* (HMK m. 435/1-ç).
5. *“Taraflarca oybirliğiyle karar verilmesi öngörülmesine rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse”* (HMK m. 435/1-d).
6. *“Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 442/2 uyarınca yargılama giderleri için avans yatırılmazsa”* (HMK m. 435/1-e).

HMK m. 437’de düzenlenen hüküm saklı kalmak üzere, hakem yargılamasının sona ermesiyle hakemin/hakem kurulunun yetkisi,

¹²⁶ Örneğin, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu bir eşyanın teslim edilmesine ilişkin olup o eşyanın tahkim yargılaması esnasında yok olması durumunda tahkim konusuz (imkânsız) kalacağından sonlandırılır.

kendiliğinden ortadan kalkar (HMK m. 435/2)¹²⁷. Tahkim yargılaması devam ederken taraflarca yargılamayı sonlandıran işlemlerin (örneğin, sulh) yapılması durumunda yine tahkim yargılaması sona erer. Fakat belirtmek gerekir ki, taraflarca yargılamayı sonlandıran işlemin kamu düzenine aykırı olmaması ve tahkime elverişli bir husus hakkında olması gerekir¹²⁸.

Dava şartları yargılamanın her safhasında inceleme konusu yapılabildiğinden, tahkim yargılamasını gören hakem/hakem kurulu tarafından da yargılamanın her safhasında inceleme konusu yapılabilir. Hakemlerce dava şartının eksikliği tespit edilirse ya da tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olmadığı durumlarda tahkim yargılaması için (esasa ilişkin) nihai karar verilemez. Bu durumda tahkim yargılaması hakemlerce sonlandırılır (usulden reddedilir)¹²⁹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle hakem kararının gerekçesiz olması bir temyiz sebebi olarak kabul edilmişti¹³⁰. Yargıtay da HUMK uygulaması dönemindeki eski tarihli kararlarında, hakem kararlarının gerekçesiz olmasının bir temyiz nedeni sayılabileceğini belirtmiştir¹³¹. Mahkemeler tarafından verilen her türlü karar Anayasa m. 141/3 düzenlemesine göre gerekçeli olarak yazılmak zorundadır. Ayrıca medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler kapsamında, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından biri kararın somut ve açık bir biçimde gerekçelendirilmesidir¹³². Hakem kararlarının gerekçeli verilip verilmemesi konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur; ancak HMK m. 27, 436 ve 439 hükümleri değerlendirildiğinde hakem kararlarının da gerekçeli olması gerektiği sonucuna varılmaktadır¹³³. Doktrinde bir görüşe göre, hakem kararında gerekçe

¹²⁷ Kanun koyucu, HMK m. 437'deki "*hükümün tavzihi, düzeltilmesi ve tamamlanmasına*"na ihtiyaç duyulduğunda bu işlemlerin yine aynı hakem/hakem kurulu tarafından yapılacağını belirtmiştir.

¹²⁸ Ekşi, s. 187.

¹²⁹ Karadaş, s. 200; Özbay/Korucu, s. 168.

¹³⁰ Sarısözen, s. 115; Direnisa, s. 1567.

¹³¹ İbrahim Özbay, Hakem Kararlarında Gerekçe, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S. 2'den ayrı bası, ss. 299-322, s. 312, 313.

¹³² Pekcanitez Usul, s. 2769; Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 786.

¹³³ Direnisa, s. 1587. Tarafların hakem/hakem kurulu kararının gerekçesiz olması yönünde anlaşma yapmaları halinde bu anlaşma geçersiz olacaktır (Direnisa, s. 1587).

gösterilmemesi halinde HMK m. 439/2-e'ye göre tahkimin usulüne uygun yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması sebebiyle iptal davasına konu olabileceği savunulmuştur¹³⁴. Diğer bir görüşe göre ise, HMK m. 439/2-f'ye göre hakem kararında gerekçe belirtilmemesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık olarak nitelendirilebilecek ve iptal sebebi yapılabilecektir¹³⁵. Esasen hakem kararının gerekçesiz olması durumunda her iki iptal sebebine dayanarak da iptal davası açılabilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebine dayanarak iptal davası açılması daha pratik olacaktır; çünkü bu iptal sebebinde kararın esasına etki etme şartı olmadığından bu durumun ispatı gerekmez¹³⁶.

B. Hakem Kararına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları ve Mercii

1. Genel Olarak

Tahkim yargılaması neticesinde hakemin/hakem kurulunun verdiği karar, mahkeme kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Dolayısıyla hakem kararı, aynı konu ve sebepten dolayı aynı taraflarca tekrar dava konusu yapılamaz ve hakemin kararı bu kişiler için kesin delil olur¹³⁷. Hakem kararı hem hakemler hem de taraflar için bağlayıcıdır¹³⁸.

Hakem kararlarının mahkeme hükümleri gibi kesin hüküm teşkil etmesi, tahkim yargılamasının yargısal niteliğinin doğal (normal) bir neticesidir. Hakem kararları kesin hüküm niteliğine sahip olduğundan hakem veya başka kurumların keyfi değiştirmesi (yargısal bir süreçten geçmeden) mümkün değildir¹³⁹.

¹³⁴ Özbay/Korucu, s. 237.

¹³⁵ Pekcanitez Usul, s. 2769; Direnisa, s. 1568.

¹³⁶ Direnisa, s. 1568.

¹³⁷ Özbay/Korucu, s. 179.

¹³⁸ “Hakem kararlarının da HUMK 237. maddesi uyarınca maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı ve tarafları bağlayacağı kuşkusuzdur.” I. HD, T. 16.01.2002, E. 13877, K. 228 (www.kazanci.com).

¹³⁹ Sarisözen, s. 94; Özbay/Korucu, s. 179.

Hakem kararlarının değiştirilmesi ya da iptali kanun yolları ile mümkündür. Mahkemelerde verilen (nihai) kararlarda olduğu gibi tahkimde verilen kararlara karşı da taraflar kanun yoluna başvurabilirler.

Yukarıda da zikredildiği üzere tahkime ilişkin HMK'daki hükümler, UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenilerek düzenlenmiştir. Tahkime ilişkin diğer hükümlerde olduğu gibi hakem kararına karşı başvurulacak kanun yolu müessesinde de Model Kanunu'ndan esinlenmiştir. Yani hakem kararına karşı kanun yolu olarak temyiz yolu kapatılmış ve hakem kararının iptali yolu (müessesesi) düzenlenmiştir¹⁴⁰. Hakem kararına karşı iptal davasının düzenlenmesinin en önemli nedenlerinden biri tahkim yargılamasının niteliğine uygun olarak çabukluğu sağlamaktır¹⁴¹. Yine iptal davasının düzenleme amaçlarından biri hakemlerin karar verirken haksız ve keyfi karar vermelerine engel olmaktır¹⁴². Taraflar hakem kararına karşı kanun yoluna başvurmak istedikleri zaman hakem kararını iptali (iptal davası) yoluna başvurmalıdırlar.

Hakem/hakem kurulu kararlarında; tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, hakem/hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya kanunda öngörülen usule uyulmadığı, kararın tahkim süresi içinde verilmediği, hakem/hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği, hakem/hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı, tahkim yargılamasının usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde kanunda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği, hakem/hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, kararın

¹⁴⁰ HUMK'un uygulandığı dönemde ise, iptal davası düzenlenmediğinden, taraflar hakem kararına karşı doğrudan temyiz yoluna gidiyordu (HUMK m. 533).

¹⁴¹ İbrahim Özbay, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması (İptal Davası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Yıl 2015, ss. 779-811, s. 786.

¹⁴² Özbay, İptal Davası, s. 788.

kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir (HMK m. 439/2)¹⁴³.

Hakem/hakem kurulu kararlarına karşı açılacak olan iptal davasında süre bir aydır ve bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (HMK m. 439/4).

İptal talebi, davaya bakan bölge adliye mahkemesi aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, HMK m. 439/2’de belirtilen iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır (HMK m. 439/5). Temyiz, kararın icrasını durdurmaz (HMK m. 439/6).

Yargılamanın iadesi, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenebildiğinden, tahkim yargılaması sonunda verilen karara karşı da yargılamanın iadesi istenebilir. Tahkimde, yargılamanın iadesi sebeplerinden sadece 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (e), (f), (g), (h), (ı) ve (i) bentleri¹⁴⁴ uygulanır. Yargılamanın iadesi davası mahkemede görülür.

¹⁴³ “439. maddenin 3. bendinde hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptâl davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konulardan ayrılmasının mümkün olması halinde hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümünün iptâl edilebileceği hükmü karşısında hakem kararının kısmen iptâli de mümkün hale getirilmiştir.” 15. HD, T. 22.01.2021, E. 2020/2230, K. 2021/148 (www.kazanci.com).

¹⁴⁴ HMK m. 375/1’e göre yargılamanın iadesi istenebilecek tahkim kararları şöyledir: “... b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması. c) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması... e) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması. f) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması. g) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması... h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması. ı) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması. i)

2. Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme hususuna ilişkin hükümler HMK m. 410'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tahkim yeri taraflarca kararlaştırılmışsa, o tahkim yerindeki bölge adliye mahkemesi; tahkim yeri taraflarca kararlaştırılmamışsa, davalının Türkiye'deki yerleşim yerindeki (veya oturduğu yer ya da işyerindeki) bölge adliye mahkemesi görevli ve yetkili mahkemedir¹⁴⁵ (HMK m. 410). HMK m. 439'a göre iptal davası tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır ve öncelikle ve ivedilikle görülür. Dolayısıyla hakem/hakemler kurulu kararının iptali için açılacak olan iptal davası için yetkili ve görevli tahkim yeri HMK m. 410'a göre belirlenecektir.

İptal davasının dışında kalan tahkime ilişkin diğer hususlarda (örneğin, hakem tayini, hakemin reddi, tahkim yargılaması süresinin uzatımı veya ihtiyati tedbir/haciz ile delil tespitine ilişkin taleplerde) görevli ve yetkili mahkeme taraflar arasındaki uyumsuzluğun niteliğine göre asliye ticaret ya da asliye hukuk mahkemesidir¹⁴⁶.

Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.”

¹⁴⁵ “Tahkim itirazı bu yönüyle ilk itirazlara benzemekte ise de teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp sözleşmeye dayalı bir defî niteliğindedir. Bu durumda mahkemece, öncelikle uyumsuzluğun kendi görev alanına girip girmediğinin tespitinden sonra yetki itirazının incelenmesi, yetki itirazı yerinde görüldüğü takdirde dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Zira tahkim itirazını incelemek görevli ve yetkili mahkemeye aittir. Mahkemece bu yönlerden yanılığa düşülerek öncelikle tahkim itirazının kabulü ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi isabetli görülmemiştir.” 19. HD, T. 28.11.2012, E. 2012/ 10514, K. 2012/17896 (www.kazanci.com).

¹⁴⁶ Tahkim yerinde asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerde talep asliye hukuk mahkemesine yapılacaktır (TTK m. 5).

C. Hakem Kararının İcrası

Hakemin uyuşmazlık hakkında nihai kararını vermesi ile hakem kararı icra edilebilir hale gelir, hakem kararının icrası için kesinleşme şartı aranmaz. Tahkim yargılamasında kararın verilmesi icra edilebilmesi için yeterli olup, bu kararın icrası için ayrıca herhangi bir mahkemenin/kurumun onayı/kararı gerekli değildir. Tahkim yargılamasının uyuşmazlık çözümü için alternatif yol olarak düzenlenme amacı ve tahkimin çabuk ve kolay olma niteliği gereği hakem kararının verilmesi ile doğrudan icra edilmesine geçilebilir.

Hakem kararının icrası, ilamlı icra hükümlerine tabi olacaktır. Hakem kararının ilamlı icraya konulmasından sonra, hakem karara karşı tarafların iptal davası açması da hakem kararının icrasını engellemeyecektir (HMK m. 439/4). Benzer şekilde, mahkemece verilen iptal kararının temyize götürülmesi durumunda da hakem kararının icrasına devam edilecektir (HMK m. 439/6)¹⁴⁷. Fakat aleyhine takip başlatılan taraf teminat karşılığında hakem kararının icrasının durdurulması kararını alabilir (HMK m. 439/4).

Tüketici hakem heyeti kararlarının ilam niteliğine haiz belge olduğu özel kanun niteliğinde olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'da m. 70/2'de belirtilmiştir¹⁴⁸. Dolayısıyla, tüketici hakem heyetinin vermiş olduğu bir karar neticesinde, taraf (alacaklı), tüketici hakem heyeti kararının icrası için ilamlı icra takibi yoluna başvurabilir (TKHK m. 70/2).

VIII. SONUÇ

Özel hukukun konusuna giren uyuşmazlıkların, bağımsız ve tarafsız hakem/hakemler kurulu tarafından, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamaya bir alternatif olarak çözümlendiği yola tahkim denilmektedir. Tahkim öncelikle milli ve milletlerarası tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlık için tahkime ilişkin hükümler HMK m. 407-444 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar ise 4686 sayılı

¹⁴⁷ Özbay/Korucu, s. 178.

¹⁴⁸ TKHK m. 70/2: “Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir.”

MTK'ya tabi olacaktır. Tahkime ilişkin hükümler, UNCITRAL Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır. Gerek milli gerekse milletlerarası hukukta tahkime ilişkin oldukça kapsamlı düzenlemeler mevcuttur. Kurumsal tahkim herhangi bir tahkim kurumunun gözetimi altında ve bu tahkim kurumunun kuralları çerçevesinde yapılan tahkim iken, arızî tahkim tahkim kurumunun gözetimi olmadan yapılan tahkimdir. Bunun yanında bir diğer ayrım tahkimin zorunlu ve ihtiyari olmasına göre yapılan ayrımdır.

Devlet yargılamasına bir alternatif olan tahkim, taraflar arasındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakem/hakem kurulunca çözüme kavuşturulmasıdır. Tahkim yargılaması niteliği itibariyle daha hızlı ve kolay olmakla beraber mahkemelerde yapılan yargılama gibi önceden belirlenmiş olan usul ve esaslar çerçevesinde yapılmaktadır. Tahkim yargılamasında hakem/hakemler kurulu, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde taraflara eşit ve tarafsız davranmalıdır.

Taraflar, iradeleriyle serbestçe tasarrufta bulunabildiği konularla ilgili uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilmektedir. Tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların tahdidi olarak belirlenmesi söz konusu değildir; ancak kanunlarla tahkime elverişli uyuşmazlıklar bakımından çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.

Tahkim yargılamasının temeli tahkim sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir. Tahkim sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları arasında yapılırken; hakem sözleşmesi taraflar ile hakem/hakemler arasında yapılan sözleşmelerdir. Kanaatimizce tahkim sözleşmeleri bir usul hukuku sözleşmesi iken, hakem sözleşmeleri hem borçlar hukuku alanında sonuç doğuran hem de usul hukuku alanında etkileri olan Türk hukuku açısından kendine özgü sözleşmelerdir.

Tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmış olması ve tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlığın çözümü için taraflardan birinin devlet mahkemelerinde dava açması, karşı tarafın tahkim ilk itirazını ileri sürmesine sebep olacaktır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine başvurmuş olabilirler ve buradaki yargılama devam ederken aralarında daha önceden yapılmış bir tahkim sözleşmesi olmamasına karşın, tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşma sağlayabilirler. Bu durumda mahkeme, istem üzerine dosyayı ilgili hakem/hakem kuruluna göndermekle yükümlüdür.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar da mahkemelerce verilen kararlar gibi kesin hüküm etkisine sahip olur ve bu

kararlar bağlayıcıdır. Hakem kararları da anayasal ve usul hukukuna hâkim olan ilkeler gereği, devlet mahkemelerinde verilen kararlar gibi gerekçeli olmak zorundadır. Tahkim yargılaması sonunda verilen kararın gerekçesiz olmasının, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça bir iptal sebebi olarak belirtilmemiş olsa da, HMK m. 429/2-f'ye göre hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle iptal davasına konu edilmesinin, HMK m. 429/2-e'ye göre daha kolay bir yol olduğu kanaatindeyiz.

Hakem/hakemler kurulu kararının icra edilebilir hale gelebilmesi için hakem/hakemler kurulunun uyuşmazlık hakkında nihai kararını vermesi ile söz konusu olabilir. Tahkim yargılaması sonunda verilen kararın icrası için kesinleşmesi şartı aranmaz. Hakem/hakemler kurulu kararının icrası, ilamlı icra hükümlerine göre yerine getirilecektir. Hakem/hakem kurulu kararlarına karşı HMK m. 439 hükümleri çerçevesinde iptal davası açılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hakem kararlarına karşı iptal davasının düzenlenmesinin en önemli nedenleri haksız ve keyfi karar verilmesinin önüne geçmek ve çabukluğu sağlamaktır. Hakem/hakemler kurulu kararına karşı tarafların iptal davası açması, hakem kararının icrasını engellemeyecektir. Mahkemece verilen iptal kararının temyize götürülmesi durumunda da hakem kararının icrasına devam edilecektir; ancak aleyhine takip başlatılan taraf teminat karşılığında hakem kararının icrasının durdurulması sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1994.
- ALANGOYA, Yavuz, YILDIRIM, Kamil ve DEREN YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ALANGOYA, Yavuz: Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1973.
- ARSLAN Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema ve HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ankara, Ekim 2021.
- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2021.
- BARAN ÇELİK, Neşe: İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkim Yargılaması, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Ed: Tahir Muratoğlu ve M.Burak Buluttekin), Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 81-97.
- BUDAK, Ali Cem: Tüketici Hakem Heyetleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, Cilt: I, Yıl: 2015, s. 77-103.
- BUDAK, Ali Cem ve KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul, Eylül 2021.
- DAYINLARLI, Kemal: HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1997.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik (Tahkime Elverişlilik), Alkım Yayınları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Yıl: 2007, s. 47- 61.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2002, s. 37- 44.
- DIRENİSA Efe: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararlarının Gerekçesi Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 233, Yıl: 2022, s. 1549-1602.

Derya BULUTTEKİN

EKŞİ, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.

ERKAN, Mustafa: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, Yıl: 2013, s. 535-562.

ERTEKİN, Erol ve KARATAŞ, İzzet: Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel ve GOLDMAN, Berthold: On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, London-Boston 1999.

GEHRI, Myriam A. ve KRAMER Michael: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2010 (Gehri/Kramer ZPO Kommentar-Bearbeiter/in, Art. ..., Kn. ..., s. ...).

GENÇCAN, Ömer Uğur: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

GÖRGÜN, L. Şanal: Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

GÖRGÜN, Şanal, BÖRÜ, Levent ve KODAKOĞLU, Mehmet: Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 10. Baskı, Ankara Ekim 2021.

KARADAŞ, İzzet: 6100 Sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KONURALP, Cengiz Serhat: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.

KORAL, Rabi: Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XLVIII- XLIX, Yıl: 1983, s. 75- 98.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Medeni Usul

Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)

- ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, 8-9 Eylül 2006, Ankara, s. 58-85.
- KURU, Baki ve AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ankara, Ocak 2021.
- MARSHALL, Enid A.: Gill: The Law of Arbitration, 3th Edition, Sweet & Maxwell, London 1983.
- MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- OBERHAMMER, Paul, DOMEJ, Tanja ve HAAS, Ulrich, Kurzkomentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Zürich, 2013. (KUKO ZPO-Bearbeiter/in, Art. ..., N. ...).
- ÖZBAY, İbrahim ve KORUCU, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ÖZBAY, İbrahim: Hakem Kararlarında Gerekçe, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 21, Sayı: Sayı 2'den Ayrı Bası, Yıl: 2001, s. 299-322.
- ÖZBAY, İbrahim: Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması (İptal Davası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Yıl: 2015, s. 779-811.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Sayı:2, s. 179-253.
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, Eylül 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet, AKKAN, Mine ve TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

- PEKCANITEZ, Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, 8-9 Eylül 2006, Ankara, s. 3-31.
- PEKCANITEZ, Hakan: Hukuki Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Yıl: 2000, s. 753-791.
- PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, Nisan S. 2, Yıl: 1997, s. 35-55.
- REYHANİ YÜKSEL, Sera: Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Yıl: 2016, s. 2435-2452.
- SARISÖZEN, M. Serhat: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Kitap Yayınları, İstanbul 2005.
- SUTTER-SOMM, Thomas, HASENBÖHLER Franz ve LEUENBERGER, Christoph (Herausgeber), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2010 (Bearbeiter/in, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leueoberger, ZPO Komm., Art. ..., N. ..., s. ...).
- ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986.
- TANRIVER, Süha: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Makalelerim I (1985-2005), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s. 125-151.
- TÜRKOĞLU, Mehmet Selçuk: Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL Tahkim Kuralları Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim Usulü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- YEĞENGİL, Rasih: Tahkim (L'Arbitrage), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa GÖre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)

YEŞİLOVA, Bilgehan: Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2007, s. 262-349.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

YILMAZ, Ejder: Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan-Cilt: III, Yıl: 2015, s. 531-554.

DİĞER KAYNAKLAR

Kararara, <https://kararara.com>.

Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr.

KİTAP İNCELEMELERİ

VİCDAN ZORBALIĞA KARŞI

(Stefan Zweig: Vicdan Zorbalığı Karşı ya da Castello Calvin'e,
Çeviri: Zehra Kurttekin, Can Yayınları, İstanbul, 2020)

Vahap COŞKUN*

ÖZ

Stefan Zweig'in Türkçeye "Vicdan Zorbalığı Karşı ya da Castello Calvin'e" adıyla çevrilen "Castello gegen Calvin oder Ein Gewissen gegen die Gewalt" kitabı, tarihin gördüğü en etkili vicdan özgürlüğü savunmalarından birini konu edinir. Savunmayı yapan Castello'dur. Bir din adamı olan Castello, Calvin'in dini özgürlük iddiasıyla ortaya çıkan Reform Hareketi'ni totaliter bir kimliğe sokmasına isyan eder. O, büyük bir cesaretle, Calvin'in insanları en temel özgürlüklerinden mahrum eden dini tiranlığına meydan okur.

Castello, doğası gereği çeşitlilik içeren inançları zorla teke indirmeye çalışmayı bayağı bir çaba olarak görür. Ona göre, insanları baskıyla bir dine bağlamak, hem o insanlara hem de o dine hakaret teşkil eder. İktidarların elindeki güce dayanarak insanlar arasında dini ayrımcılık yapması, toplumsal barışı ortadan kaldırır. Çünkü zorbalık daima bir huzursuzluğa neden olur ve kendi karşıtını doğurur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: vahapcoskun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3478-2146.

Kitap İncelemesinin Gönderim Tarihi : 04.03.2022.

Kitap İncelemesinin Kabul Tarihi : 13.06.2022.

Dolayısıyla, dini bağınazlığın karşısına dini hoşgörüyü koymak gereklidir. İnsanlar ancak inançlarının çeşitliliğini ve farklılığını kabul ederlerse bir arada yaşayabilirler. Birliğin ve beraberliğin anahtarı, hoşgördür. Lakin özgürlüğü ve hoşgörüyü savunmak, her zaman tehlikelidir.

Castellio, tehlikenin farkındadır. Buna rağmen hakikati tek bir kişinin temsil edemeyeceğini söyler. Kimseye bir dünya görüşünün dayatılmaması gerektiğini savunur. Bir insanın vicdanına baskı uygulanmasını kabul edilemez bulur. Dönemin acımasız tiranı Calvin'e karşı açtığı bu cephe, onun ağır mağduriyetler yaşamasına neden olur. Castellio'nun büyüklüğü buradadır; başının büyük bir belaya gireceğini bilerek zalimin karşısında durur ve mazlumun yanında yer alır.

Düşünce dünyasında “vicdan özgürlüğü” veya “hoşgörü” denildiğinde, akla ilk olarak David Hume ve John Locke gibi isimler gelir. Ne yazık ki, Castellio'nun adı anılmaz. Oysa hoşgörü davasının ilk fikri önderi Castellio'dur. Zweig, bu kitabı, vicdan özgürlüğü ve dini hoşgörü uğruna büyük bedeller ödeyen Castellio'ya karşı minnet borcunu ödemek için kaleme alır. Dolayısıyla Zweig'in “*en değerli kitabım*” olarak tanımladığı bu kitabın en temel gayesi, unutulmuş bir hak savunucusunun, Castellio'nun hakkının teslim edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Vicdan özgürlüğü, hoşgörü, din özgürlüğü, bağınazlık, tiranlık, totalitarizm.

CONSCIENCE AGAINST TYRANNY

ABSTRACT

Stefan Zweig's book “Castellio gegen Calvin oder Ein Gewissen gegen die Gewalt”, translated into Turkish as “Conscience Against Tyranny or Castellio Against Calvin”, deals with one of the most effective defenses of freedom of conscience in history. Castellio, a clergyman, rebels against Calvin's making the Reform Movement, which emerged with the claim of religious freedom, into a totalitarian identity. He bravely challenges Calvin's religious tyranny, which deprives people of their most basic freedoms.

Castellio sees it as a vulgar effort to forcefully monopolize beliefs, which are diverse in nature. According to him, binding people to a religion by coercion is an insult to both those people and that religion. Since bullying/tyranny always induces the unrest and produces its opposite, the religious discrimination that is performed by governments destroys social peace.

Therefore, it is necessary to counter religious bigotry with religious tolerance. People can live together only if they accept the plurality and diversity of their beliefs. The key to unity and togetherness is tolerance. However defending freedom and tolerance is always dangerous.

Castellio is aware of the danger. However, he says that the truth cannot be represented by only one. He argues that a worldview should not be imposed on anyone. This position he took against Calvin, the ruthless tyrant of the period, causes him to suffer from heavy grievances. Here is the greatness of Castellio; despite knowing that he will get into big trouble, he stands up to the oppressor and takes sides with the persecuted.

When the concepts like “freedom of conscience” or “tolerance” are put forward in the world of thought, names such as David Hume and John Locke come to mind first. Unfortunately, Castellio’s name is not mentioned. However, Castellio was the first intellectual leader of the cause of tolerance. Zweig writes this book to pay his debt of gratitude to Castellio, who paid a high price for freedom of conscience and religious tolerance. Therefore, the main purpose of this book, which Zweig describes as “my most valuable book”, is to hand over the rights of a forgotten rights defender, Castellio.

Keywords: Freedom of conscience, tolerance, freedom of religion, bigotry, tyranny, totalitarianism.

I. GİRİŞ

Zaman 16. yüzyıl, mekân Cenevre, hikâyenin kahramanları ise üç din adamı: Jean Calvin, Miguel Servetto ve Sébastian Castellio. Reformcu Calvin, Cenevre’de bir dini tiranlık kurar. Kendisine karşı fikirler ileri süren herkes gibi hümanist bir din adamı olan Servetto’yu da düşman beller ve nihayetinde onu ölüme mahkûm eder. Diktatörlüğün acımasız dişlileri insanları sindirmekte ve Cenevre’de genel bir sessizlik hüküm sürmektedir. Ancak bir kişi, apaçık bir vicdansızlık karşısındaki bu çıldırtıcı sessizliği bozar.

O kişi, Castellio’dur. Castellio, bütün insanlığın yükünü sırtına alır ve Calvin ile amansız bir mücadeleye girer. Eşitsiz bir mücadeledir bu; zira bir tarafta ağzından çıkan her kelime emir telakki edilen Calvin, diğer tarafta ise hayatını idame ettirmek için maddi ve manevi binbir zorlukla cebelleşen Castellio vardır. Calvin ile kıyaslandığında Castellio’nun gücü bir hiç mesabesinde. Kendi ifadesiyle “*bir fil karşısındaki sivrisinek*” gibidir. Lakin o “*sivrisinek*”, tarihin gördüğü en etkili vicdan özgürlüğü savunularından birini kaleme alır. Sivrisineğin

file karşı vicdan, akıl ve cesaretle bezeli meydan okuması, Stefan Zweig'a da “*en değerli kitabım*” olarak nitelediği bu eseri yazdırır.

Öykü, Calvin'in Cenevre'de iktidarı ele geçirmesi ile başlar. 1536'da Cenevre, Vaiz Farel'in öncülüğünde Protestanlığı kabul eder. Erasmus'un “*Hayatımda bu kadar buyurgan ve utanmaz bir adam çıkmadı karşıma*” diye tarif ettiği Farel, bir sokak devrimcisidir; yıkmayı iyi bilir ama kurma yeteneğinden mahrumdur. Cenevre'de eskiyi yıkmıştır, ancak yeniyi inşa edememiştir. Eski düzenin yıkıntıları altında aciz kalan Farel'in yardımına talihi koşar; Calvin, tesadüfen Cenevre'ye gelir.

1509'da Fransa'da doğan Calvin, sıkı disiplinli okullarda kaliteli bir eğitim almış, önce rahiplik kadrosuna, ardından hukukçuluk görevine atanmıştır. Luther'in öğretisini benimsediği için 24 yaşında Fransa'dan Basel'e kaçmak zorunda kalmıştır. Muazzam düzeyde disiplinli, çalışkan, azimli ve akıllı biridir; daha 25 yaşındayken Protestanlığa fikri bir açıklık ve sabit bir form kazandırmak gayesini güden “*Institutio Religionis Christianae*”yi (*Hristiyan Dininin Bağlayıcı İlkeleri*) yazmıştır.

“*Bu Institutio, tarihin akışını belirleyen ve abartmaksızın, Avrupa'nın çehresini değiştirdiği söylenebilecek olan, dünyanın ilk on ya da yirmi kitabından biridir. Ödün vermez mantığı, tutarlı yapısıyla ilk andan başlayarak Luther'in İncil çevirisinden sonra Reform Hareketi'nin en önemli eseri olarak çağdaşları arasında önemli bir etki yaratır.*” (s. 30).

Farel, hemen kaderin hoş bir cilvesi olarak şehrine gelen bu bilginin kapısını çalar; ondan yirmi yaş daha büyük olmasına rağmen onu üstadı ve önderi kabul eder, koşulsuz bir şekilde onun emrine tabi olur. Calvin'den tek isteği, Cenevre'nin ruhani liderliğini üstlenmesi ve Reform Hareketi'ni tamamlamasıdır.

Evvla pek gönüllü görünmez Calvin, aklında politika yoktur, hayatını ilmi faaliyetlere adanmış niyetindedir. Fakat Farel ve çevresinin yoğun ısrarına çok fazla direnemez ve başlangıçta pek de önemli gözükmeyen bir unvanla (Kutsal metin okuru, vaizi) Cenevre'nin şehir yönetimine dâhil olur.

Göreve başlar başlamaz farkını anında belli ettirir. Cenevre Şehir Meclisi'ne bir kateşizm (inanç ve ibadet kılavuzu) sunar. Dini ve fikri konularda bireye hiçbir özgürlük alanı bırakmayan, insanları mutlak otoriteye itaat etmeye zorlamayı kilise için bir sadece bir hak değil görev

sayan ve gevşek bir davranışı bile sertlikle cezalandırmayı öngören bu kılavuz, Meclis tarafından onaylanır.

Meclis önceleri bu kılavuza pek bir önem atfetmez. Ama ne zaman ki Calvin, kâğıtta yazılanları hayata geçirmek ister, işte o zaman Cenevreliler başlarına kendi elleriyle nasıl bir çorap ördüklerini anlarlar. Çünkü artık en sadık yurttaş olsa bile Calvin tarafından aforoz edilen bir kişinin varlığı tehlike altındadır. Dini konularda Calvin'e ters düşen birinin Cenevre sınırları içinde yaşama imkânı yoktur. Cenevre'de kimin kalıp kimin gideceği Calvin'in insafına kalmıştır.

Calvin acelecidir, hayalindeki düzeni kurmak, hatta mümkün olan en tez zamanda kurmak çabasındadır. Vakit kaybına tahammül etmez. Uzlaşmazdır da. Kimse ile herhangi bir konuda müzakere etme ihtiyacı duymaz. Şehirde artış gösteren hoşnutsuzluk nidalarını duyan Farel ona biraz daha ihtiyatlı davranmasını telkin eder ama bu telkin de işe yaramaz. Çünkü Calvin kendi yolundan başka bir yol bilmez.

“Öğrettiklerimi Tanrı'dan alıyorum ve bu benim vicdanını güçlendiriyor.” (s. 40)

Calvin'in kararlarından milim sapmaması; bütün tavsiye, eleştiri ve işbirliği çağrılarına kulak tıkaması, Meclis'in emirlerini dahi görmezden gelmesi şehrin sabrını taşırır. Meclis, Calvin ve vaizlerini işten uzaklaştırır, onlardan üç gün içinde şehri terk etmeleri istenir. Böylece Calvin'in bir buçuk yıl boyunca birçok yurttaşın kafasının üzerinden gezdirdiği sürgün cezası, bu kez döner Calvin'i vurur.

II. CALVIN'İN TANRI ŞEHİRİ

Calvin, Strasbourg'a gider, Cenevre'ye ilk saldırısında başarıyı elde edememiştir. Teşkilatı çökmüş, adamları dört bir yana dağılmıştır. İş bitik görünmektedir. Ne var ki o gittikten sonra da Cenevre'de işler rayında gitmez. Protestanlar birbirine girer, Katolikler yeniden güç kazanır. Oluşan kaotik ortam, en sert Calvin aleyhtarlarının dahi kafasını karıştırır. Aşırı baskıcı ve sert olsa da bir düzenin varlığı, düzensizliğe tercih edilir ve çok sayıda yurttaş Meclis'ten Calvin'in geri getirilmesini ister.

Meclis, halkın arzusuna uyar ve Calvin'i eski görevini devralması için davet eder. Calvin, ısrarlı davetleri kesin bir dille geri çevirir.

Cenevre şehri, kayıtsız şartsız teslim oluncaya kadar tek bir adım atmaz. Sonunda bütün talepleri kabul edildiğinde, bir fatih edasıyla şehre girer.

“Yumuşamış ve uysallaşmış olan şehir yoğrulmaya hazır bir çamur gibi Calvin’in ellerindedir artık ve o, şekil verici fikirleriyle sanat eserini tamamlamadıkça çamuru elinden bırakmayacaktır. O andan başlayarak Calvin ve Cenevre artık birbirlerinden ayrılmayacaklardır, ruh ve biçim, yaratan ve yaratılan...” (s. 46)

Calvin’in önünde herhangi bir engel kalmıştır. Hedefini gerçekleştirmek için gerekli güce erişmiştir. Akli fikri *“yeryüzünün ilk Tanrı devletini”* yaratmaktadır. Bu devlette, dünyevi basitliklere yüz verilmeyecek; hırsızlık, rüşvet, düzensizlik ve kötü alışkanlıklar olmayacaktır. Toplum her yönüyle günahtan arındırılacak ve burada hayat bulan ideal bütün dünyaya yayılacaktır. Calvin, çeyrek yüzyıllık diktatörlüğü boyunca Cenevre’de insanların bütün özgürlüklerini ellerinden alır ve bunu onların iyiliği için yaptığından da zerre kadar şüphe duymaz.

Yalnız, mutsuz ve neşesiz bir insandır Calvin. Hep siyah giyer. Gençliğini hiç yaşamaz, tensellikten hep uzak durur. Bir insanın hayatına heyecan katan, başını döndüren nimetlerden zevk almaz. Âşık olmaz, evliliği de sadece İncil’in emrini yerine getirmek için yapar. Hep ağrılarla yaşar, mektuplarında sürekli hastalıklarından şikâyet eder. Ama acı bünyesini hiç terk etmemesine rağmen çalışmaktan bir an olsun vazgeçmez. Her şeyi kontrol atında tutmak için aralıksız bir mesai yapar.

“Sürekli faaliyet halindeki bu mucizevi beyne hayran olmak gerekirse de, böylesine her şeyden vazgeçmiş bir çilecilik, aynı zamanda müthiş bir tehdit anlamına gelmektedir. Zira kişisel hayat zevklerinden tümüyle vazgeçmiş bir kişi –bu onun kendi isteğine bağlı olsa da- böyle bir feragati, diğer herkes için kanun ve norm haline getirmek ve onlara gayritabii gelse de, kendisine doğal gelen şeyleri başkalarına dayatmak ister ve buna çalışır. Çileci, Robespierre örneğinde olduğu gibi, despotluğun en tehlikeli tipidir. İnsanlığı doyasıya ve keyif içinde yaşamamış olan biri, insanlara karşı daima insanlık dışı davranır.” (s. 56)

Calvin *“Kilise disiplini”* adını verdiği yöntemle Cenevre’de özel hayat bırakmaz. Keyif almanın bütün biçimleri engellenir. Bitmez tükenmez bir süre avı başlar, ihbarcılık artar. Gündelik hayat içindeki en sıradan eğlenceler bile yasaklanır. Calvin, bireylerin hak ve

özgürlüklerini yağmalayan bu düzenini terörle ayakta tutar. Onun egemenliğinin ilk beş yılında, Cenevre gibi nispeten küçük bir şehirde, 13 kişi asılır, 10 kişinin kellesi uçurulur, 35 kişi yakılır, 76 kişi sürgüne gönderilir, bütün hapishaneler tıka basa dolar.

“Böyle sonuna kadar müteyakkız bir baskının, kitlenin olduğu gibi bireyin de kendisine olan saygısını ve gücünü kırması kaçınılmazdır... Kendi kimliğini ortaya koyma iradesi bu beyhude kavga içinde tümüyle felç olur ve ‘discipline’ sayesinde Cenevre kısa zamanda tam da Calvin’in istediği gibi olur. Tanrı korkusuyla dolu, ürkek ve ciddi... Ve gönüllü olarak hiç itirazsız, tek bir iradeye, onun iradesine tabi...” (s. 69)

1542-1545 yılları arasındaki korkunç veba salgını, Cenevre’deki disiplini sarsar. Calvin’in yöntemleri sorgulanır olur. Ancak dağınık muhalefet, Calvin’in örgütlü gücü karşısında bir netice kazanamaz. Castellio, böyle bir dönemde orta çıkar. Calvin’den altı yaş küçüktür; anadili Fransızcanın yanı sıra İtalyanca, Latince, Yunanca, İbranice ve Almancada ustalık kazanır. Ders vererek hayatını kazanır. Bir reformcu olarak, kendine Calvin’i rehber edinir. Strasbourg’daki Calvin’in yanına gider, onun karısının bu yeni öğretinin gelecekteki misyonerleri için hazırladığı öğrenci yurdu gibi bir evde kalır. Bilgisiyle dikkati çeker. Calvin Cenevre’ye döndüğünde, onun onayıyla Cenevre’deki okula öğretmen olarak atanır.

Castellio’nun yaşamının merkezine koyduğu bir amacı vardır: İncil’in tümünü bir kez daha Latinceye ve bir kez daha Fransızcaya çevirmek. İzin almak için Calvin’e gider. Calvin, bundan hoşlanmaz, ancak çeviriyi önceden okumak ve düzenlenmesini gerekli gördüğü yerleri düzeltmek şartıyla, izin verdiğini söyler. Fakat dini ve entelektüel konulardaki bağımsızlığına hayati bir değer atfeden Castellio, Calvin’i kendisi üzerinde bir vesayet makamı kılacak bu şartı kabul etmez.

Calvin ve Castellio, ilk kez bu vesileyle karşı karşıya gelirler. Akabinde Castellio, geniş ailesini doyurmak öğretmenlikten daha iyi bir maaşı olan İncil Vaizi görevine talip olur. Meclis’in kanaati müspettir, ama Calvin arkadan dolanarak onun bu göreve atanmasına mani olur. Kılıçlar, ikinci kez çekilmiştir.

Castellio’daki potansiyelin farkında olan ve ne yapsa ne etse onu kendi çerçevesi içine alamayacağını bilen Calvin, kendisi için giderek daha büyük bir tehlikeye dönüşen Castellio’yu bir yolunu bulup bertaraf

etmeyi aklına koyar. Bir ifadesinin “*ruhbanlığın itibarına halel getirdiği*” iddiasıyla Castellio’yu Şehir Meclis’ine şikâyet eder.

Meclis toplanır, uzun uzun konuyu görüşür ve gönülsüz bir şekilde Castellio’yu kınar ama ona ne başka bir ceza verir ne de onu görevinden alır. Ceza, gerçekte önemsizdir; Castellio’nun bundan rahatsız olmasını gerektirecek bir durum yoktur. Ama o, Calvin gibi bir tiranın artık kendisine nefes aldırılmayacağından emindir, bu nedenle Meclis’ten görevden alınmasını ister ve Cenevre’den ayrılır.

Calvin’in muhalifi olmak hayatını daha da zorlaştırır. Aç karnına kapı kapı dolaşır. Basel’de bir basımevinde güçlükle bir düzeltmen kadrosu bulur. Geçimini sağlamak için düzeltmenliğin yanında, özel ev öğretmenliği ve çeviriler de yapar. Sefalet içinde uzun yıllar geçirir ve en sonunda Basel Üniversitesi’nde Yunan dli okutmanı olarak işe başlayınca biraz rahat eder.

III. SERVETTO OLAYI

Castellio, bütün ağırlığını İncil’in Latince ve Fransızca çevirisine verir. Polemiklere girmez. Ancak bir hadise onunla Calvin arasındaki nihai bir savaşı kaçınılmaz kılar. Bu, Servetto Olayı’dır. İspanyol Miguel Servetto, ilginç bir kişiliktir. Aşırı derecede zeki, hırslı ve gayretlidir. Hiçbir gruba, hiçbir klana bağlı değildir; hep tek başınadır ve fanatik bir ukalalığı vardır. Protestanlığın liderlerini yeterince cesur bulmaması ve hep radikal görüşleri dillendirmesinden ötürü “*Hristiyanlık dünyasında iblisin seçilmiş canlı elçisi*” olarak tasvir edilir.

Ayrıksı fikirleri başına bela olur. Almanya’dan Fransa’ya, Fransa’dan Avusturya’ya kaçmak, kimlik ve meslek değiştirmek zorunda kalır. Viyana Başpiskoposu’nun özel hekimi olur. Kimliğini gizlediği ve suskunlukla geçirdiği uzun yıllarda saygı ve itibar görür. Ancak bu suskunluk onu yorar; teolojik kanaatlerini bir otorite ile paylaşmak ve tartışmak ister. Ve ne acıdır ki yöneldiği kişi Calvin olur.

Calvin ile mektuplaşmaya başlar. Teslis doğmasının Tanrı’nın birliğiyle bağdaşmadığını düşünen Servetto, Teslis’e karşı yürüttüğü mücadelede Calvin’i de yanına çekmek ister. Ona mektup üstüne mektup yazar. Calvin, ilkin uyarılarda bulunur; Servetto’ya yanıldığını göstermek ister. Ama Servetto durmaz; Calvin’in başyapıtına “*bir okul öğretmenin öğrencisine yaptığı gibi derkenar eleştiriler*” kondurur ve böyle nüshayı

Calvin'e gönderir. Reform Hareketi'nin burnundan kıl aldırmayan en güçlü teorisini, bu had bilmezlik karşısında çılgına döner:

“Calvin, dostu Farel'e ‘Servetto kitaplarımın saldırıp hakaretimiz notlar karalıyor, tıpkı bir taşı ısırıp dişleyen bir köpek gibi’ diye yazarak onu aşağılar. Böyle iflah olmaz kafası karışık biriyle tartışmaya girerek neden vakit kaybedersin ki? Servetto'nun savlarının bir tekmede işini bitirir: ‘Bu şahsiyetin sözlerine bir eşeğin anurtısından fazla önem vermem.’ (s.101)

Fakat Servetto, içindeki polemikçiye gem vuramaz; Calvin'i çileden çıkartacak işler yapmayı sürdürür. Calvin'e reddiye niteliğinde, onun *“Institutio”*suna nazire yapan ve *“Christianismi Restitutio (Hiristiyanlığın Özüne Dönüş)”* adını taşıyan bir kitap yazar. Ve henüz basılmamış kitabının nüshalarını da okuması için Calvin'e gönderir.

Aslında kitabının kendisine telafi edilemez zararlar vereceğinin bilincindedir Servetto; onun için çalışmalarını gizlilik içinde yürütür ve olağanüstü önlemler alır. Matbaa aletlerini ücra bir eve taşır. Ağzından laf çıkmayacağına inandığı güvenilir insanlarla çalışır. Kitapta basım ve yayım yerine dair hiçbir kayıt tutmaz. Sadece kitabın son sayfasına adının baş harflerini koydurur.

Calvin, kitap eline geçtiğinde önce bir dostu üzerinden Katolik engizisyon mekanizmalarını harekete geçirir. Hakkında soruşturma açılrsa da Servetto'nun nüfuzlu çevresi bu mekanizmayı durdurur, soruşturmaya son verilir ve Servetto kurtulur. Ancak Calvin bu kez çok daha güçlü bir kozunu sahaya sürer; Servetto'nun kendisine yazdığı mektupları ve kendisine gönderdiği bölümleri, yine bir dostu aracılığıyla, engizisyon yargılarına teslim eder.

Yani Protestanlığın önderi, sırf bir muhalifinden kurtulmak için, can düşmanlarıyla bile işbirliği yapmaktan kaçınmaz. Servetto'yu odun yığınlarının içine atmak için onun aleyhine kullanılacak olan dokümanları, kürsüsünden her gün *“şeytanın uşakları”* diye saldırdığı Papacılara/ Katoliklere altın tepsi içinde sunmaktan geri kalmaz.

Deliller sağlamdır, Servetto'nun kimliği tartışma götürmez bir biçimde ortadadır. Servetto kısa sürede tutuklanır, hızla yargılaması yapılır ve hakkında ölüm fermanı çıkartılır. Yine de Viyana'nın kudretlileri, onun ateşte yanmasını içlerine sindirmezler ve kaçmasına göz yumarlar. Ancak, dünyada gidebileceği onca yer varken, Don Kişot ruhlu Servetto kalkar Cenevre'ye gider. Hatta onunla da yetinmez,

Calvin'in vaaz verdiği Kilise'nin yolunu tutar ve kanını içmek isteyen düşmanının gözlerinin içine bakar.

Servetto'nun ölümün arkasından niçin bu kadar ısrarla koştugu bilinmez; onu Cenevre'ye götüren neden esrarını korur. Calvin, onu görür görmez tanır, muhafızlarına yakalama emri verir ve onu zindana tıkar. İlk aşamada Calvin, doğrudan Servetto'dan davacı olmaz; her zaman olduğu gibi elini doğrudan ateşe sokmaz, maşa kullanır ve davayı sekreterine açtırır. Sorguya alınan Servetto, etkileyici bir savunma yapar, heyeti ikna eder. Muhtemelen dava, Servetto'nun sınır dışı edilmesiyle bitecektir.

Calvin, asla kabul etmeyeceği bu neticeyi engellemek için devreye girmek zorunda kalır. Gerçek davacının kendisi olduğunu inkâr etmez, *“davalının yanlışlarını daha iyi göstermek için”* davaya kabulünü rica eder. Onun riyakârca bir bahaneyle sorgulamalara katılmasından sonra, dava Servetto için bir kâbusa dönüşür. Calvin, tuzak sorularla Servetto'yu teolojik tartışma alanına çeker. Servetto da dindar heyet üyelerinin tüylerini ürpertecek görüşlerini hiçbir süzgeçten geçirmeden dillendirir. Sözün şehvetine kapılması onun aleyhine olur; Servetto'nun üzerindeki şüphe bulutları artar ve hâkimler Calvin'e yakınlaşırlar.

Calvin, bedeli ne olursa olsun, Servetto'nun ölümle cezalandırılmasını ister. Amacı, Cenevre'de herhangi bir hamisi olmayan bu zayıf yabancıyı ölüme göndererek kendisine muhalefet etme potansiyeli taşıyan herkese korkutucu bir mesaj vermektir. Calvin'e kafa tutan kim olursa olsun, ölümü göze aldığını bilmelidir. Hiç kimse, onun belirlediği sınırları aşmaya cüret etmemelidir. Servetto'nun öldürülmesi, onun dini diktasını tahkim edecektir.

Yargılanması esnasında Servetto'ya yeryüzündeki cehennemi yaşatır Calvin. Tarifi olanaksız işkencelere tabi tutar onu. Her geçen gün maruz kaldığı muameleler kötüleştikçe Servetto, yetkili makamlara içinde bulunduğu insanlık dışı hali şikâyet eden mektuplar yazar. Ancak Calvin'in zalim eli, onun durumunu az buçuk düzelterek bütün girişimleri engeller. Ayakkabıları yırtılır, üstünde çamaşırı kalmaz, pireler onu canlı canlı yiyip bitirirler. Kendi dışkısında boğulmakta olduğunu bildiren mektubunda Servetto artık çılgılık atmaktadır:

“Rica ediyorum, sevgili İsa hatırına, Türklere ve canilere bile bağışlayacağınız şeyleri benden esirgemeyin. Temiz kalmamla ilgili bütün talimatlarınıza rağmen hiçbir şey olmadı. Eskisinden de kötü

durumdayım. Bedensel ihtiyaçlarımı gidermek konusunda imkan verilmemesi çok büyük bir gaddarlıktır.” (s. 122)

Sonunda Servetto'nun oy birliğiyle diri diri yakılmasına karar verilir. Calvin, dünyevi zaferini dini bir zaferle taçlandırmak ister; ruh hali her geçen gün bozulan bu çaresiz adamdan yanıldığına dair bir itirafname koparmaya çalışır. Lakin ne tehditler ne de vaatler Servetto'yu rücu ettirir. İnfazdan önce Servetto, Calvin ile yüz yüze gelir; Calvin'in ondan haksız olduğuna dair bir itiraf alma umudu bir kere daha suya düşer; ölümlerin en korkuncu ona reva görülmüş olsa da Servetto, imanını ve inancını terk etmez ve eziyetlerin en büyüğünü çekmeye razı olur.

IV. CALVIN CALVIN'E KARŞI

Servetto'nun kazığa bağlanarak hafif ateşte ağır ağır kızartılması, Reform Hareketi'ni bir yol ayrımına getirir. Katolik Kilisesi, insanları diri diri yakmak konusunda bin yıldan fazla bir süre tehdit etmişken, ona itiraz olarak ortaya çıkan ve “Hıristiyan insanın özgürlüğü” iddiasını taşıyan Reform'un bir hamlede onu geride bırakması tüyleri ürpertir.

“Calvin, dini tiranlığının bu zelil hareketiyle egemenliğinin henüz yirminci yılında Reform'un namusunu kirletmiştir.” (s. 136)

Servetto'nun en gaddar infaz metoduyla katledilmesi üzerine tepkiler yükselir. Calvin'in en sadık adamlarının ve en yakın dostlarının sözlerinde bile bir rahatsızlık, bir hoşnutsuzluk, bir eleştiri saklıdır. Servetto'nun esas katili olarak anılmaktan rahatsız olan Calvin, artan tenkitleri bastırmak için, eylemini savunan bir yazı yazar. Savunmasında, bir yandan sorumluluğu “yetkililerin” üzerine yıkmaya, bir yandan da yetkililerin böyle bir canavarı yok etmekle doğru davranmış olduğunu ispatlamaya gayret eder. Farklı düşünenlerin yetkililerce öldürülmesini “kutsal bir görev” olarak açıklar.

“Calvin'e göre hakiki inancın, dogmatikliğin savunulması kan bağlarının ve insanlık yasalarının tümünden üstündür; insan, şeytanın “hakiki dini” inkar etmeye yönelttiği en yakın akrabalarını bile yok etmeye mecburdur.” (s.142)

Ancak Calvin'in vicdanı temiz değildir ve “temiz olmayan vicdanla iyi yazı yazılmaz.” Calvin, iki karşıt görüşü beceriksizce uzlaştırmaya çalıştığı savunmasının zayıf olduğunu bildiğinden,

savunmasına Cenevre'deki bütün din adamlarının imza atmasını ister. Böylece hem sorumluluğu tek başına üstlenmekten kurtulacak ve hem de bütün muhaliflere gözdağı verecektir. Bir sapkını savunan veya bağışlayan herkes, Servetto'nun kaderini paylaşmaya hazır olmalıdır.

Fakat bu tehdit ters teper. Calvin'in bir Protestan engizisyonu ihdas etmesi, vicdanları ayağa kaldırır. Bilhassa dini baskı nedeniyle Basel'e sığınmış ve içlerinde Castellio'nun da olduğu birkaç entelektüel, bu gidişe bir dur denilmezse hızla bir felakete sürüklenecekleri korkusunu derinden hisseder. Böyle tiranca bir eyleme cevap verilmemesi, Avrupa'da özgür düşünceyi iflas ettirecek ve zorbalığın bir hak olarak anlaşılmasına sebebiyet verecektir.

Castellio ve arkadaşları, zalimlere karşı mazlumların yanında saf tutmak için, sadece sapkınlara ölüm cezasının verilmesinin kabul edilemez olduğunu savunan bildirilerden derlenmiş bir kitap yayınlılar. Zorbalığı karşı korunmak için ilk başta kendilerini gizlerler; kitabın yayıncısı ve yayın yeri olarak uydurma isimler yazarlar. Kitabın içine bir de Calvin'i bekleyen hoş bir sürpriz koyarlar: Calvin karşıtı tezleri Calvin'e atıfla temellendirirler.

“Tabii bu onun takibata uğradığı zamanlardan kalma görüşüdür ve şimdilerde ateşe ve kılıca davet çıkaran hararetili haykırışlarıyla kabaca çelişmektedir; Servetto'nun acımasız katili, kendi sözleriyle kendini, Calvin'i Calvin'in ağzından Hıristiyanlık dışı olarak nitelemektedir. Zira burada basılmış, kendi adıyla imzalanmış olarak 'Kiliseden ihraç edilenleri silahla takip etmek ve onlardan insan haklarını esirgemek, Hıristiyanlık dışıdır' diye yazmaktadır.” (s. 149)

Castellio, serinkanlı bir mantıkla Calvin'in bütün dayanaklarını çürütür. Sapkınlık suçlamasının muhalifleri ve şahsi düşmanları meydandan kaldırmak için kullanıldığını söyler. Bazılarının kendilerini “hakiki Hıristiyan” gördükleri için başkalarına “sapkın” dediklerini belirtir. Ama hiç kimsenin “hakiki Hıristiyanlığın” ne olduğuna, Tanrı'nın sözünü bir tek kendisinin “doğru” anladığına karar verme hakkına sahip olmadığını vurgular. Dini konularda mutlak bir kesinliğin olamayacağını altını çizer.

Dini bağnazlığın karşısına dini hoşgörüyü koyar Castellio. Dini meseleler karışık ve dinin hakikatleri gizemli olduğundan Tanrı'nın sözünü yorumlayan herkes yanılabilir ve hata yapabilir. Binaenaleyh Castellio, herkese düşen ilk görevin, birbirine karşılıklı hoşgörü

göstermek olduğunu bildirir. Aksi takdirde, Hristiyan olmakla birlikte, bir yerde Hristiyanlığın otoriterler tarafından dayatılan baskın biçimini reddeden herkes “*sapkın*” olarak itham edilmekten kurtulamaz.

“Aslında sapkın nedir diye düşününce, hepimizin kendi düşüncemize uymayan herkesi sapkın diye adlandırıyor olmamızdan başka bir şey bulamıyorum.” (s. 152)

Castellio’ya göre, bir uzlaşma iradesi olmadan insanların bir arada yaşamaları sağlanamaz. Fanatizm, insanları medeni bir varlık olmaktan alıkoyduğu için bütün kötülöklere de kaynaklık eder. İnsanları, birbirlerinin katili olmaktan kurtaracak yegâne yol, hoşgördür. Dünyada bir değil çok fazla sayıda hakikat vardır ve farklı hakikatlere bağlanan insanlar isterlerse birlikte yaşayabilirler.

V. CASTELLIO: VİCDANIN BAŞKALDIRISI

Castellio ve yoldaşlarının hoşgörü temalı başkaldırısı, Calvin’i küplere bildirir. Kitabın hazırlandığını duyduğu an, hemen kaleme sarılır ve elinin ulaştığı bütün yetkililere kitabın yasaklanması için çağrıda bulunur. Çünkü “*hoşgörü zehri*” ortaya çıktığında, “*sapkınlıkların ve küfrün cezalandırılması gerektiği*” inkâr edilmiş olacaktır. Her açıdan zararlı bu öğretinin yayılması engellenmeli ve hoşgörü çağrısının çanına ot tıkanmalıdır.

Ancak artık ok yaydan çıkmıştır; risalenin ilk nüshası Cenevre’ye vardığında Calvin hemen bir savaş meclisi kurar ve dini tiranlığına karşı yükselen sesi boğma görevini genç ve ateşli taraftarlarından Théodore de Béze’ye verir. “*Vicdan özgürlüğü bir şeytan öğretisidir*” diyen Béze’ye göre, herkes kendi anlayışına göre davranırsa bir kaos çıkar. Toplumun bir kargaşa yaşamasındansa gaddar da olsa bir tiranın varlığı evladdir. Hoşgörü ve vicdan özgürlüğü denilerek farklı düşünenlere müsamaha gösterilemez. Önce disiplin gelir, sonra insanlık! Eğer bir kere insanlık için dini öğretilerden taviz verilirse, ortada Hristiyanlık kalmaz. Dolayısıyla Hristiyan prenslere düşen, dini korumak adına, bütün sapkınların kökünü kurutmaktır.

Béze, yazısında Castellio’yu korkaklıkla itham eder ve adıyla sanıyla meydana çıkması için kışkırtır. Castellio, bu tahrike pabuç bırakmaz, üzerinde çalıştığı bütün işleri bir kenara koyar ve Servetto’ya kaşı işlenen din cinayetinden ötürü doğrudan Calvin’i sorumlu tutan

“*J'accuse (Suçluyorum)*” adlı eserini yazmaya koyulur. İlmek ilmek dokuduğu eserinde dört temel nokta saptar:

İlki, Servetto'nun bir düşünce suçlusudur. Servetto'nun, İncil'i özgürce yorumlamaktan başka hiçbir suç yoktur.

İkincisi, egemen bir İncil yorumundan ayrılmanın asla bir suç olarak nitelenmeyeceğidir. Eğer hâkim görüşün dışına çıkmak bir suç olsaydı, en gözü pek Reformcu olarak Calvin'in herkesten fazla suçlu olması gerekirdi.

Üçüncüsü, Calvin'in kendisinden farklı fikirleri olan birini muhakeme etme hakkını nereden aldığıdır. Hakikatin yargıcı olarak Calvin'i kim tayin etmiştir? Kim “gerçek” ile “gerçek olmayanı” tefrik edecek hâkim olarak Calvin'i belirlemiştir?

Pek tabii ki böyle bir tayin makamı yoktur. Ayrıca dini ilkeler de birçok anlam taşır, tartışılır ve zamanla insanların aynı mesele hakkındaki kanaatlerinde kökten değişiklikler olur. Öyle olmasa, Calvin Institutio'sunda “*sapkınları yakmak suçtur*” veya “*onları kılıçtan geçirerek, ateşten yakarak yok etmek, insanlığın bütün ilkeleri yok etmektir*” derken bugün tam aksi görüşleri savunur muydu?

Ve dördüncüsü, bir kilise vaizi olan Calvin'in tamamen kuramsal bir konuda karşıt bir fikri bastırmak için dünyevi makamlara müracaat etmesindeki garabettir. Teorik anlaşmazlıklar, teorisyenler arasında konuşulur, tartışılır ve bir neticeye bağlanır. Bir teolojik iddia kılıçla değil bilgiyle savunulur. Bir öğretinin doğruluğuna ve yanlışlığına, meclisler değil, bilginler karar verir.

“*Servetto sana silahla saldırmış olsaydı meclisi yardıma çağırmaya hakkın olurdu. Ama o seninle sadece kalemiyle mücadele ettiğine göre sen neden yalın kılıç üzerine yürüdün? Söyle, neden şehir meclisinin arkasına saklandın?*” (s. 173)

Castellio, Calvin'in tüm tezlerini yerle yeksan eder; onun eylemini “*Tanrısal bir eylem*” olarak sunma ve İncil'e dayandırma girişimlerini çürütür. İstenildiği kadar Tanrı'ya atfedilsin hiçbir hakikatin, Tanrının yarattığı insan hayatının kutsallığını ihlal edemeyeceğini söyler. Ona göre, bir insanın katledilmesini öngören hiçbir Tanrı ya da İsa buyruğu yoktur. İsa adına birinin canına kıymak, İsa'ya karşı işlenebilecek en büyük günahdır. “*Sonunda şunu mu diyeceksin, sana insanları yakmayı öğretenin İsa olduğunu mu söyleyeceksin?*” diye

haykıran Castellio, hiçbir kutsal amacın bir insanın katlini mazur gösteremeyeceğini hafızalara kazır.

“Bir insanı öldürmek, asla bir öğretiyi savunmak demek değildir. Bir insanı öldürmek demektir. Cenevreliler, Servetto’yu idam ederken bir öğretiyi savunmadılar, bir insanı kurban ettiler; lakin insan, inancına olan sadakatini bir başka insanı yakarak değil, inancı uğruna yakılmayı göze alarak açıklamış olur” (s. 174)

Olgulara dar tartışmasının bitirdikten sonra Castellio, Servetto cinayetinden ötürü Calvin’i ve Cenevre Şehir Meclisi’ni itham eder. Meclis, icra ettiği için suçludur. Calvin ise, hem örgütleyen hem de uygulayan olarak iki kere suçludur. Elbette Calvin’in suçlanması, feci bir şekilde can veren Servetto’yu geri getirmeyecektir ama yaşayan insanları korumak ve bir daha böylesine insanlık dışı bir olayın tekrarını engellemek için Calvin yargılanmalıdır. Ve sadece Calvin değil, onun terör ve baskıya dair korkunç kuramı ve kitabı da yargılanmalıdır.

“Görmüyor musun?’ diye suçlunun üzerine yürür Castellio, ‘kitabın ve eylemin nerelere uzanıyor? Tanrı’nın onurunu koruduğunu iddia eden pek çok kişi var ve şimdi bunlar insanlara kıymak istedikleri zaman senin içtihadından yararlanabilecekler. Senin belalı yolundan giderek kendilerini kanla lekeleyecekler. Kendilerinden farklı inançta olan herkesi idam ettirecekler, senin yaptığın gibi.” (s. 177).

VI. SONUÇ

Castellio’nun metni muazzamdır; Calvin’in dini tiranlığına büyük bir darbe vermektedir. Calvin, tek bir cevap bile veremez, bunun yerine en iyi bildiği şeyi yapar, gücünü kullanarak metnin basımını engeller. *“Arkamızdan havlayan köpeklerin bizi artık ısıramayacak olması ne şans!”* diye sevinç naraları atar Calvin.

Castellio ise köşesine çekilir, çalışmalarına gömülür. Ancak Calvin ona bedel ödetmekte kararlıdır. Tek bir çatlak sese bile tahammülü yoktur, nerde bulunursa bulunsun o ses mutlaka kesilmelidir. Calvin, önce yazmadığı bir eser üzerinden Castellio’yu suçlar. Castellio muhteşem bir savunmayla bunu bertaraf eder. Ancak Calvin durmaz, Castellio hakkında türlü tezviratları yaymayı sürdürür. Havariler gibi yaşayan Castellio’nun fikirlerini para için sattığı söylenir. Kimi Katolikler tarafından para ile tutulmuş bir kışkırtıcı olduğu iftirası sokağa

salınır. Etrafındaki çember daralınca, çalıştığı Basel Üniversitesi de Castellio’yu korumaktan vazgeçer.

Artık Castellio için de geri sayım başlamıştır. Servetto’nun kaderi onu da beklemektedir. Ancak ani bir ölüm, onu düşmanlarının kanlı pençelerinin içinden çeker alır. 48 yaşında gelen ölüm sayesinde zindana düşmekten, işkence görmekten ve odun yığınlarının içinde kül olmaktan kurtulur. Hakkındaki iftiralar çöker. Ne kadar kıymetli bir vatandaşını kaybettiğini geç de olsa idrak eden şehir ahalisi, onu vaktinde gereği gibi müdafaa edememenin utancını cenazesine büyük bir hürmet göstererek örtmeye çalışır.

“Geride bıraktıkları, bu temiz ve büyük bilginin nasıl havarilere has bir yoksulluk içinde olduğunu gösterir; evde tek bir gümüş sikke yoktur; dostları, tabutunun ücretini ve küçük borçlarını öder, cenaze masraflarını karşılar, reşit olmayan çocuklarını yanına alır. Ancak hakkında açılan davanın utancının kefaretiymiş gibi Sebastian Castellio’nun gömme töreni adeta bir ahlaki zafer yürüyüşüne dönüşür. Castellio’nun sapkınlık şüphesi altında tutulduğu esnada ürkekçe ve temkinle susan herkese, onu ne kadar sevdiğini ve saydığını göstermek üzere kalabalığa katılır; çünkü hayatta olup da sevilmeyen biri yerine, bir ölüyü savunmak her zaman daha kolaydır. Bütün üniversite cenaze alayını takip eder, tabutu öğrencilerinin omuzunda katedrale taşınır ve manastırın girişinde defnedilir. Üç öğrencisi kendi paralarıyla mezar taşına bir yazı yazdırır: Çok ünlü hocamıza yüce bilgisi ve yaşamının temizliği için şükranımızdır.” (s. 210)

Castellio’nun ölüm haberini duyunca Calvin yandaşlarının etekleri zil çalar. Baş edilemez bir düşmandan kurtulmanın sevincine bitmek tükenmek bilmez aşağılamalar, öfke kusmaları ve hakaretler eşlik eder. Ancak Castellio yapacağını yapmış, sözünü söylemiştir. Calvin’e karşı insanlık namına üstlendiği savunma, yazılmasının üzerinden yaklaşık bir asır geçtikten sonra yayınlanır.

Ve tarihe düşmanlarının hakaretleri değil, Castellio’nun görüşleri yön verir.