

# ERZİNCAN BİNALI YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



### Erzincan Law Review

**CİLT/VOL: 26**

**SAYI/NO: 2**

**ARALIK/DECEMBER 2022**

**KAMU HUKUKU** ♦ETGÜ, İnsana Bakışın Sosyal Sözleşmeye Yansımaları: Hobbes ve Locke Merkezli Bir Değerlendirme ♦İBRAHİM, 1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetler ve Pozitif Temelleri ♦KAPLAN, Türkiye'de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tâbi Olduğu Hukuki Esaslar ♦KOCA, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsan Ticareti Suçu Üzerinde Yargı Yetkisini Kullanmasının Önündeki Engeller ♦BİRDAL, Immanuel Kant'ın "Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi" Adlı Kitabının İncelemesi ♦ÇİÇEK, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik ♦ÇİÇEK, Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische Versuch) Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki Zorlukları ♦İBA, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği.

**ÖZEL HUKUK** ♦KARIKSIZ, Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi.

ERZİNCAN - 2022

# ERZİNCAN BİNALI YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



### Erzincan Law Review

---

**CİLT/VOL: 26**

**SAYI/NO: 2**

**ARALIK/DECEMBER 2022**

---

**KAMU HUKUKU** ♦ETGÜ, İnsana Bakışın Sosyal Sözleşmeye Yansımaları: Hobbes ve Locke Merkezli Bir Değerlendirme ♦İBRAHİM, 1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetler ve Pozitif Temelleri ♦KAPLAN, Türkiye'de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tabii Olduğu Hukuki Esaslar ♦KOCA, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsan Ticareti Suçu Üzerinde Yargı Yetkisini Kullanmasının Önündeki Engeller ♦BİRDAL, Immanuel Kant'ın "Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi" Adlı Kitabının İncelemesi ♦ÇİÇEK, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik ♦ÇİÇEK, Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische Versuch) Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki Zorlukları ♦İBA, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği.

**ÖZEL HUKUK** ♦KARIKSIZ, Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi.

**ERZİNCAN - 2022**

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)**  
**Erzincan Law Review (ErLR)**

**Sahibi / Owner**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**  
Yılmaz ÖZKER

**Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR  
Arş. Gör. Ogün USTA  
Arş. Gör. Maide POLAT

**İletişim Bilgileri / Contact Information**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.  
24070 - Merkez / Erzincan  
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43  
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45  
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr  
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd>

**Baskı / Printed by**

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /  
Erzincan

**Yayın Türü / Publication Type:** Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.  
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

**Baş Editör\* / Editor-in-Chief\*\***

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

**Editörler\* / Editors\*\*****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

**Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor**

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

**Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsönmez@erzincan.edu.tr*)

**Editör Yardımcıları\* / Co-Editors\*\***

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ogün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

**Yayın Kurulu/ Editorial Board**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICA OGLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

---

\* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

**Danışma Kurulu\* / Advisory Board\*\***

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)  
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye  
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)  
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)  
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

---

\* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

\*\* The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

### Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımlı formatında (\*.doc, \*.docx) ve dergi-nin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

### Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31<sup>st</sup> of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31<sup>st</sup> of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

## Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıklarını kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

### ÖZ

### ABSTRACT

### GİRİŞ

### I. TÜM HARFLER BÜYÜK

### A. Sadece İlk Harfler Büyük

### 1. Sadece İlk Harfler Büyük

### a. Sadece İlk Harfler Büyük

### 1) Sadece İlk Harfler Büyük

### a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

### SONUÇ

### KAYNAKÇA

### ABSTRACT

### ÖZ

### INTRODUCTION

### I. ALL LETTERS CAPITALIZED

### A. First Letters Capitalized

### 1. First Letters Capitalized

### a. First Letters Capitalized

### 1) First Letters Capitalized

### a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

### CONCLUSION

### REFERENCES



## VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

### **Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author**

#### *1. Dipnotta / In the Footnote*

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

#### *2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations*

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

**Döner**, s. 24.

#### *3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author*

**Döner**, İnsan Hakları, s. 24.

#### *4. Kaynakçada / In the Bibliography*

**Soyad**, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

**Döner**, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

### **İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors**

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

### **Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors**

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

### **Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors**

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

### **Makale / Article**

*Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.*

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

### **Tez / Thesis**

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

### **Yargı Kararları / Judicial Decisions**

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı) AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

---

### KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ**

İnsana Bakışın Sosyal Sözleşmeye Yansımaları: Hobbes ve Locke Merkezli Bir Değerlendirme

*The Reflection of the Human Perspective on the Social Contract: A Hobbes and Locke-Centered Assessment* ..... 413–436

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM**

1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetler ve Pozitif Temelleri

*The Rights and Freedoms Granted in the 1925 Iraqi Constitution and Their Positive Foundations* ..... 437–473

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN**

Türkiye'de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tabii Olduğu Hukuki Esaslar

*Legal Principles on Exploration and Operation of Geothermal Resources in Turkey* ..... 475–520

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Arş. Gör. Dr. Selçuk KOCA**

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsan Ticareti Suçu Üzerinde Yargı Yetkisini Kullanmasının Önündeki Engeller

*Barriers to the International Criminal Court's Use of Jurisdiction on Human Trafficking* ..... 521–548

#### *Kitap İncelemesi / Book Review*

**Arş. Gör. Caner BİRDAL**

Immanuel Kant'ın "Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi" Adlı Kitabının İncelemesi

*Book Review of Immanuel Kant's "Metaphysics of Morals, Doctrine of Law"* ..... 549–560

***Araştırma Makalesi / Research Article*****Arş. Gör. Mustafa ÇİÇEK**

Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik

*Multiple Independent Principals in Turkish and German Criminal Law* ..... 561–596***Çeviri / Translation*****Helmut SATZGER (Çev.: Arş. Gör. Mustafa ÇİÇEK)**

Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische Versuch) Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki Zorlukları

*The Unreal Attempt - On the Difficulties of Criminal Law Dogmatics to Master the Superstitious Attempt* ..... 597–618***Araştırma Makalesi / Research Article*****Arş. Gör. Hasan İBA**

Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği

*The Legal Nature of Exceeding of Limit in Reasons Excluding Criminal Responsibility* ..... 619–671**ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW*****Araştırma Makalesi / Research Article*****Av. Muhammet Can KARIKSIZ**

Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi

*Regarding Bills of Exchange Drawn as Collateral and Abstract-ness Principle* ..... 675–722

**Kamu Hukuku / Public Law**

---





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## İnsana Bakışın Sosyal Sözleşmeye Yansıması: Hobbes ve Locke Merkezli Bir Değerlendirme

The Reflection of the Human Perspective on the Social Contract:  
A Hobbes and Locke-Centered Assessment

  Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ\*

### ÖZET

İnsanların doğası konusundaki görüşler devlet teorisine yansımıştır. İnsanın bencil ve kötü bir yapısı olduğunu düşünenler devletin daha otoriter olması gerektiğini savunur. İnsanın iyi bir doğaya sahip olduğunu düşünenler ise devletin hak ve özgürlüklere müdahale alanını daraltmışlardır. Sosyal sözleşmecî düşünürler arasında da sosyal sözleşmelerin içeriği konusundaki farklı yaklaşımların olmasının temelinde insan anlayışı vardır. Çalışmamızda Hobbes ve Locke'un sosyal sözleşme anlayışları merkezinde devlet teorisinde insana yaklaşımın hangi sonuçlara yol açtığı araştırılmıştır. Sosyal sözleşmelerin yapılma gereği, yapılışı, içeriği ve sonuçları arasındaki farklı yaklaşım kuşkusuz düşünürlerin nasıl bir

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 31.10.2022 | **Kabul/Accepted:** 18.11.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** Mehmet Akif Etgü, “İnsana Bakışın Sosyal Sözleşmeye Yansıması: Hobbes ve Locke Merkezli Bir Değerlendirme”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (413-436).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

devlet sorusuna verdikleri cevapla ilişkilidir. İdeal devlet anlayışının temelinde ise insanların hangi devlete layık oldukları düşüncesi yer almaktadır. İnsanı ele alış ile devletin niteliği arasında bağlantı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Sofizm, Epikürcülük, Toplumsal sözleşme, Devlet teorisi, İnsan hakları.

## ABSTRACT

Views on the nature of people are reflected in the theory of the state. Those who think that human beings has a selfish and bad nature argue that the state should be more authoritarian. Those who think that human has a good nature have narrowed the area of intervention of the state in rights and freedoms. The understanding of human is the basis of different approaches to the content of social contracts among social contract thinkers. In our study, the results of the approach to human in the theory of the state were investigated in the center of the social contract understanding of Hobbes and Locke. The different approach between the necessity, construction, content and results of social contracts is undoubtedly related to the answer given by thinkers to the question of what kind of state. The basis of the ideal state understanding is the idea of which state people deserve. It has been concluded that there is a connection between the treatment of people and the nature of the state.

**Keywords:** Sophism, Epicureanism, Social contract, State theory, Human rights.

## GİRİŞ

Devlet hayatımızda yadsınamaz bir olgu olarak binlerce yıldır varlığını devam ettirmektedir. Devletin ortaya çıkışı ile ilgili rivayetler muhtelifdir. Devletin kaynağını ve doğuşunu açıklamaya yönelik teoriler arasında güç, ekonomi, sosyal sözleşme, aile, ilahi ve dinsel kaynaklı devlet görüşü gibi pek çok teoriyi saymak mümkündür<sup>1</sup>. Devletin ortaya çıkışı ile ilgili benimsenecek olan teoriye göre; devlet iktidarının mahiyeti, sınırlarının tespiti, hak ve özgürlükler rejimi ve devletin yükümlükleri gibi ana hususların anlayış ve açıklanışı da farklılaşacaktır<sup>2</sup>. Aynı husus sosyal sözleşme kuramı açısından da doğrudur. Aslında sosyal sözleşme yapılması konusu bir kurgudan ibarettir. Sosyal sözleşme (Toplum sözleş-

---

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yahya K. **Zabunoğlu**, Devlet Kuramına Giriş, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s. 41-63.

<sup>2</sup> **Zabunoğlu**, s. 42.

mesi/Toplumsal sözleşme) kuramcıları da arzuladıkları ve idealize ettikleri devletin nasıl olması gerektiğini sözleşme teorileriyle hayata geçirmek istemişlerdir<sup>3</sup>. Bundan dolayı Sözleşmenin kimler arasında yapıldığı, içeriği ve sonuçları konusundaki farklar devletin yapısına doğrudan etki etmektedir. Diğer taraftan insanların devlete ve egemene niçin itaat ettikleri, meşruiyetin kaynağının ne olduğu ve yasalara uygun hareket etmenin gerekliliğinin temeli konusunda sözleşme teorisi sağlam bir dayanak sağlamaktadır<sup>4</sup>.

Batı’da Reform hareketleri sonrası; aslında sosyal sözleşme, Tanrısal yasalar veya devletin ve meşruiyetin kaynağını kilisenin teokratik olarak açıklanmasına karşı devletin insan yapısı olduğu ve meşruiyetin kaynağını seküler bir şekilde açıklamasına temel oluşturmuştur<sup>5</sup>.

Sosyal sözleşme teorisi devlet teorisi alanında özellikle 17. ve 18. yüzyılda popüler hale gelmiş olsa da aslında kökenlerini Eski Yunan siyasal düşüncesinde özellikle Sofistler ve Epikürcüler arasında bulmak mümkündür. Çalışmamızda bu nedenle Eski Yunan siyasal düşüncesindeki bu düşünce ekollerini inceleyerek başlayacağız. Özellikle Sofistlerin insana getirmiş oldukları bakışa değindikten sonra Epikürcülerin Site devletlerinin yıkıldığı ve Helenistik dönemin bir yansıması olan görüşleri üzerinde durulacaktır. 17. yüzyıl İngiltere’inde yaşayan fakat görüşleri birbirlerinin zıddı olarak görülen, iki önemli düşünürü olan Thomas Hobbes ve John Locke’un sosyal sözleşme kuramlarında insan doğasını ne şekilde ele aldıkları üzerinde durulacaktır. Her iki düşünürün insana bakışlarının devlet teorilerine etkisi çalışmanın odağını oluşturacaktır.

Hobbes ve Locke’un inceleme konusu seçilmesinin sebebi günümüzde dahi çözüm arayışları devam eden özgürlük ile güvenlik arasındaki

---

3 Yavuz **Kılıç**, “Hobbes, Locke ve Rousseau’da ‘Doğa Durumu’ Düşüncesi”, Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi, S. 2, 2015, s. 100-101.

4 J. S. **McClelland**, A History of Western Political Thought, published by Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, First published 1996 (Transferred to Digital Printing 2009), s. 172; Atilla **Yayla**, Siyaset Teorisine Giriş, 5. Bası, Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 37.

5 **McClelland**, s. 173-177.



denge tartışmalarında Hobbes'un görüşlerinin güvenlik odaklı otoriter anlayışlara kaynaklık ettiği; Locke'un ise görüşleriyle özgürlüğü temele alan liberal düşüncenin temsilcisi olduğu<sup>6</sup> kabulünün irdelenmesi gereğidir.

## I. ESKİ YUNAN'DA SÖZLEŞME ANLAYIŞI

### A. Genel Olarak

Eski Yunan'dan önce siyasal düşünce mitler, menkıbeler ve mecazlar-  
dan oluşan bir temele dayanırken “*Yunanlıların batı medeniyetine olan  
yok edilemez katkısı, onların akıl aracılığıyla insan ve tabiatı düzene sok-  
malarıdır*”<sup>7</sup>. Yunan uygarlığının beşiği Site devletidir<sup>8</sup>. Polis ismi de ve-  
rilen bu politik yapılanmanın kendine has bir karakteri bulunmaktadır<sup>9</sup>.  
Site aslında bir veya birkaç kentten bunların etrafındaki kırsal alandan  
meydana gelmiş, sosyal ve siyasal açıdan birleştirici niteliğe sahip bir or-  
ganizasyondur. Ancak Yunanlılar için Site toplumu doğa tarafından mey-  
dana getirilmiş ve kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yurttaş önce  
Site'yi merkeze alarak hayata bakmalıdır<sup>10</sup>.

Bireyi Site içerisinde adeta eriten bu düşünceye göre insanın Site dı-  
şında yaşamını sürdürebilmesi olanaksız görülmektedir. Çünkü her  
Site'nin kendi koruyucu Tanrıları vardır ve Site dışına çıkılması halinde  
bu himayeden mahrum kalır<sup>11</sup>. Kişiler dini inanışlarının da etkisiyle  
Site'nin yurttaşı olarak ancak değerli bir varlık olabileceklerine inandık-  
larından, tüm faaliyetleri Site'nin menfaatine hizmet etmeye yöneliktir.  
Böylece insan maddi ve manevi tüm değerleriyle Site'nin hükmü altına  
girmiş ve ona bağlanmıştır<sup>12</sup>. Tüm bu bağlara rağmen Site'nin baskıcı bir

6 Nihat **Bulut**, “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, Editörler, Bihterin Vural Dinçkol ve diğerleri, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 301-306.

7 William **Ebenstein**, Siyasal Felsefenin Büyük Düşünürleri, Çev. İsmet Özel, 2. Bası, Şule Yayınları, İstanbul 2001, s. 15-16.

8 Mehmet **Akad**/Bihterin **Vural Dinçkol**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 17. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 7.

9 Alâeddin **Şenel**, Eski Yunanda Siyasal Düşünüş, AÜSBF Yayını, Ankara 1968, s. 21-38.

10 **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 7-8.

11 Ayferi **Göze**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 1; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 7.

12 **Göze**, s. 2

yapıya bürünmemesinin temel nedeni yasa anlayışıdır. Yurttaşların haklarının yasa güvencesi altında olması ve yönetimin yasalara uygun olması gerektiği kanaati dolayısıyla; yasaların buyruğu altında yaşanması gerektiği anlayışı yerleşik bir anlayış haline gelmiştir<sup>13</sup>.

Site'nin bireyi çepeçevre kuşatması dolayısıyla Site'nin (devletin) kuruluşunda bireyin etkisi ve katkısı geri planda yer almıştır. Site tıpkı buğday gibi Tanrıların bir armağanı gibi görüldüğünde<sup>14</sup> insanların Site'nin doğuşundaki etkisi gibi bir düşünceye uzak kalmıştır. Yerleşik Site anlayışının yıkılmaya başlamasına kadar devletin temelinde sosyal sözleşmenin yer aldığı dile getirilmemiştir. Bu düşünce Sofistlerin ortaya çıkmaları ile siyasal düşünce hayatında yer bulabilmiştir.

## B. Sofistlerde Sosyal Sözleşme

Sofistler, Eski Yunan'da yerleşik Site düzeninin sarsılmaya başladığı yıllara M.Ö. 5. yüzyıl ortalarında ortaya çıkan Sofizm düşünce akımının temsilcileridir<sup>15</sup>. Sofistlere göre “insan her şeyin ölçüsüdür”<sup>16</sup>. İnsanı merkeze alan bir yaklaşım sergilemeleri<sup>17</sup> devletin doğuşu konusunda da insan temelli düşünmelerine yol açmıştır. Site'nin bir çözülme içerisine girmesiyle beraber Sofistler tarafından açıkça dile getirilen bireycilik eğilimleri ve bireysel özgürlük anlayışı da toplumda yaygınlık kazanmaya başlamıştır<sup>18</sup>.

Sofistler Site'nin (devletin) kuruluşu konusunda fikir birliğine sahip değillerdir. Bu konuda iki görüş ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki insanların eşit olmadıkları, güçlü ve güçsüz şeklinde iki farklı kesimin olduğu anlayışına dayanır. Güçlü insanlara sığınan güçsüzler; güçlülerin himayesine girmişlerdir. Devleti güçlüler kurmuşlardır. Devleti güçlüler

13 İlhan Akın, Kamu Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1993, s. 3; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 12; Jean Touchard, Siyasal Düşünceler Tarihi, Çev. İsmail Yerguz, İslık Yayınları, İstanbul 2015, s. 30-32.

14 Touchard, s. 27.

15 Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 13.

16 Protagoras'a ait olan bu ifade hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi: Sofistlerden Platon'a, C. 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 31-33.

17 Şenel, s. 107.

18 Mehmet Ali Ağaoğulları, Kent Devletinden İmparatorluğa, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2009, s. 47.

kurduğunda devletin yönetimi, hukukun oluşturulması ve adaletin ne olduğunu belirleme yetkisi de haliyle onlara aittir<sup>19</sup>. Gücsüzlerin itaatten başka yapabilecekleri bir şey yoktur. Modern dönemlerdeki pozitivist anlayışa yaklaşan, nispeten realist düşünceye kaynaklık eden bu düşünceye karşı diğer bir kısım Sofistler devletin temelinde sosyal sözleşme olduğunu belirtmişlerdir.

Devletin sosyal sözleşme ile kurulduğu söylendiğinde kurucular arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilmektedir. Eşit insanlar bir araya gelmişler ve devleti kurmuşlardır. Devletin yükümlülükleri; insanların devlet karşısındaki hak ve ödevlerinin belirlenmesi sosyal sözleşme hükümleri çerçevesinde olacaktır<sup>20</sup>. Toplumunu insan yapısı olarak görmelelerinden dolayı, aristokratik ayrıcalıklara karşı çıkmışlar ve herkesin siyasi yaşama katılabileceğini savunmuşlardır<sup>21</sup>. Ayrıca yurttaş-yabancı (metek) ayrımını anlamsız bulan Sofistler, devleti bir amaç olmaktan çıkarıp, devletin insanların ortak çıkarları ve ortak iyiliği için var olduğunu belirtmişlerdir<sup>22</sup>.

### C. Epikürcülük ve Sosyal Sözleşme

Epikürcülük, Helenistik dönem düşünce akımları içerisinde yer almaktadır<sup>23</sup>. Kurucusu Sisamlı (Samos) Epiküros'dur (M.Ö. 342-271)<sup>24</sup>. Epikürcülük, Yunan Site devletlerinin yıkıldığı, daha geniş bir coğrafyanın imparatorluk tarafından yönetildiği bir dönemde ortaya çıktığından<sup>25</sup>; devletin yönetimine katılan insan yerine; hayatını 'haz' merkezli yaşayan insan üzerinde durmuştur. Mutlu olmak, yaşamdan keyif almak ve kendi

<sup>19</sup> Şenel, s. 114; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 13.

<sup>20</sup> Şenel, s. 114.

<sup>21</sup> Ağaoğulları, s. 89.

<sup>22</sup> Ayhan Yalçınkaya, "Yunan Uygarlığı İçinde Polis ve Siyaset", Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 71.

<sup>23</sup> Şenel, s. 114; Helenistik dönem hakkında bkz. Ahmet Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi Helenistik Dönem Felsefesi: Epikürosçular Stoacılar Septikler, C. 4, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 3-8.

<sup>24</sup> Duygu Türk, "Helen Güneşi Batıyor, Roma Güneşi Doğuyor", Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 154.

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ağaoğulları, s. 387-390.

iç dünyasına dönmek şeklinde tarif edebileceğimiz haz anlayışı, süfli bir hayat sürmek olarak anlaşılmalıdır. Kişi büyük hazlar için küçük acılara katlanacağı gibi sonrasında büyük acılar yaşatacak hazlardan da kaçınmalıdır<sup>26</sup>.

Epikürcülük insanı bencil, kötü fakat akıllı bir varlık olarak görmektedir. Epikürcü olan Lucretius, doğal yaşam döneminde insanların vahşi hayvanlar gibi ormanlarda yalnız başına yaşadığını; tesadüfi karşılaşmalar sonucu insan soyunun çoğaldığını dile getirmiştir. Zaman içerisinde barınaklar yapılmış, dil gelişmiş, evlilikler başlamış, ateş kullanılmış ve diğer buluşlarla hayat daha iyi bir hale gelmiştir<sup>27</sup>. Toplumsal yaşamın başlamasının temelinde ise insanların güvenlik ihtiyacı bulunmaktadır. Bu ihtiyaç hem vahşi hayvanların hem de diğer insanların saldırılarına karşı ihtiyaç duyulan bir güvenlik ortamıdır. Okandan, insanların ilk zamanlarda ortak yarar düşüncesine ulaşmamış olmaları dolayısıyla herkesin kendi yararı peşinde koşmasının insanları mücadeleye sürüklediğini ifade etmiştir<sup>28</sup>.

Hazzın sürekliliği için insanın diğer insanların kötü davranışlarından emin olması gerektiği üzerinde özellikle durulur. Çünkü insanlar çatışmadan ve zorbalıktan bezdikleri için kanunlara ve kurumlara zorunlu olarak boyun eğmek durumunda kalmışlardır<sup>29</sup>. Böyle olunca sosyal sözleşmenin esası da “herhangi bir yerde ve zamanda kötülük etmemek ve kötülük görmemek” üzere insanların anlaşma sağlamalarıdır<sup>30</sup>. Böylece bencil olan insanlar sırf bencillikleri dolayısıyla ve zorunlu olarak bir arada bulunmaları gereği olarak bu birlikteliğin nasıl olacağı kararını da vermişlerdir. Adalet kötülük yapmama ve kötülüğe muhatap olmama üzerine temellenmiştir<sup>31</sup>. Yasaların adaletli olmalarını insanlar için faydalı olma şartına bağlayan Epiküros, yasaların ülkenin içinde bulunduğu koşullara ve çevreye göre değişebileceğini öngörmektedir. İlaveten aynı ülkede

26 Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 32.

27 Türk, s. 158.

28 Recai G. Okandan, Umumi Amme Hukuku Birinci Kitap (İlk Zamanlar), İÜHF Yayınları, İstanbul 1946, s. 328.

29 Türk, s. 158.

30 Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 33; Türk, s. 158.

31 Arslan, Epikürosçular Stoacılar Septikler, C. 4, s. 148-149.

farklı zamanlarda farklı yasaların yürürlükte bulunmasını da mümkün görmektedir. Yasalar karşılıklı ilişkilerde yararlı oldukları sürece adalete de uygun olacaktırlar<sup>32</sup>.

Devleti kuran insanlar eşittir; insanların ihtiyacını karşılamak ve birbirlerinden karşılıklı yarar sağlamak amacıyla, toplum ve devlet kurulmuştur<sup>33</sup>. Epikürcüler, Site'nin yönetimiyle ilgilenen insan anlayışının; yurttaş-metek-köle temelinde şekillenen özgür yurttaş-barbar ayrımının ortadan kalktığı bir dönemde<sup>34</sup> insanın siyasal alandan özüne döndüğü zaman diliminde yaşamaları insana bakışlarına da etki etmiştir. Yaşadıkları ortamdan dolayı fikirleri de şekillenmiş ve insanın yönetimde söz sahibi olmasa bile hayatta mutlu olabileceğini anlatmaya çalışmışlardır. Görüşleri mevcut yönetimin meşruiyetine de etki etmiştir. İnsanın karakterinin çatışmaya meyyal olması dolayısıyla devlet çatısı altında yaşamının çatışmalara son vereceğini vurgulamışlardır. Diğer taraftan devlete ve yöneticilerine de uyrukların güven içinde yaşamasının devletin üzerine düşen yükümlülük olduğu mesajını vermişlerdir.

Epikürcülerin, soyut ve kendiliğinden bir adalet anlayışının olamayacağı; adalet, hak ve haksızlık mefhumunun ancak sözleşmeden sonra söz konusu olabileceğine dair fikirleriyle Hobbes'a esin kaynağı olduğu da savunulmuştur<sup>35</sup>.

## II. SOSYAL SÖZLEŞMEYE YENİDEN DÖNÜŞ: HOBBS VE LOCKE

### A. Genel olarak

Doğal hukuk anlayışının laik bir karakter kazanması yolunda sosyal sözleşmeciler önemli temellendirmelerde bulunmuşlardır. 17. ve 18. yüzyıl belli başlı sosyal sözleşmeci düşünürleri; Hobbes, Locke, Puffendorf, Wolf, Blackstone, Burlamaqui, Vattel ve Rousseau gibi düşünürlerdir<sup>36</sup>. Sosyal sözleşmeci düşünürler hakların kaynağını açıklamak için teorilerinde ikili bir ayrıma gitmişlerdir. Bu temel varsayıma göre insanlar devlet

<sup>32</sup> Arslan, Epikürosçular Stoacılar Septikler, C. 4, s. 150-151.

<sup>33</sup> Şenel, s. 259.

<sup>34</sup> Türk, s. 153-154.

<sup>35</sup> Türk, s. 159.

<sup>36</sup> Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, 7. Bası, Yetkin Yayınlar, Ankara 2013, s. 30-31.

daha ortaya çıkmadan önce tabiat hali/doğal hal olarak adlandırılan bir dönemde yaşamışlardır. İnsanlar doğal halde tam ve mutlak bir özgürlük içerisinde yaşamaktaydılar. Sonrasında bir sosyal sözleşme akdederek siyasal toplumu kurmuşlardır<sup>37</sup>.

Siyasal toplumun ve devletin, sosyal sözleşme eseri olduğu düşüncesi; insanların haklarının devletin, yasalarından veya yöneticilerin keyfi kararlarından kaynaklanmadığını; tam tersine devletin, yasaların veya yöneticilerin kararlarının kaynağının sosyal sözleşmeyi yapan insanların iradeleri olduğunu vurgulamaktadır. Gerçekten de devlet kendisinden ve hukuktan daha üstün olan haklarla sınırlandırılmaktadır<sup>38</sup>. Devlet ancak kendisine devredilen haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Sosyal sözleşmecileri birbirlerinden ayıran temel husus ise hangi hakların, hangi şartlar dahilinde devredilmiş olduğu hususudur. Çünkü devletin yapısı ve yetkisi devredilen haklar kadar olacaktır.

## B. Hobbes'ta Sosyal Sözleşme Anlayışı

### 1. Genel Olarak

Thomas Hobbes (1588-1679), devlet teorisi alanında önemli bir düşüncüdür. Hobbes'un yaşadığı 17. yüzyıl İngiltere'si iç savaş ve politik devrimler dolayısıyla çalkantılı bir dönemdir<sup>39</sup>. Annesi İspanyol armadasının, İngiltere'yi her an top atışlarıyla mahvedebileceği beklentisinin verdiği korku nedeniyle Hobbes'u erken doğurmuştur. Hobbes bu durumu "*korku ve ben ikiz kardeşiz*" sözleriyle anlatmıştır<sup>40</sup>. Hobbes'un devlet teorisi alanındaki temel eseri Leviathan (1651)'dir<sup>41</sup>. Düşüncelerinde, 'güvenlik' ve

---

37 **Kapani**, s. 30.

38 **Kapani**, s. 31.

39 İbrahim Can **Karaduman**, "Thomas Hobbes ve Leviathan'ı Üzerine Bir İnceleme: Yönetim Bilimi'ni İçeriye Almak", Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 115; **Ebenstein**, s. 200-201.

40 Donald **Tannenbaum**/David **Schultz**, Siyasi Düşünce Tarihi, Çev. Fatih Demirci, 2. Bası, Adres Yayınları, Ankara Kasım 2008, s. 264; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 106.

41 **Tannenbaum/Schultz**, s. 263

'korkudan kurtulmanın' merkezi konumda bulunması ile iç dünyası arasındaki bağlantı görülmektedir<sup>42</sup>.

Hobbes sosyal sözleşme kuramı ile Bodin'in kavramsallaştırdığı egemenlik anlayışına sağlam bir temel oluşturmuştur. Böylece monarşiye teorik dayanak sağlamıştır<sup>43</sup>. Ancak yaşadığı dönemde monarşi yanlıları tarafından da özellikle eserinde; kralın tanrısal haklarına yer vermemesi, din ile ilgili görüşleri ve egemenliğin parlamentoda da olabileceğine dair görüşleri dolayısıyla dışlanmıştır<sup>44</sup>.

## 2. Doğa Durumu ve İnsan Doğası

İnsanlar doğuştan eşit ve özgürdürler<sup>45</sup>. Her şeyi yapmaya hakları vardır. İnsanların eşit olması aslında incinebilir ve incitebilir olmak bakımından bir eşitliktir. Yoksa fiziksel olarak veya zeka olarak insanlar arasında farklar bulunduğunu Hobbes da kabul etmektedir. Fakat doğa durumunda hiç kimse hayatından emin bir şekilde yaşamamaktadır. Her an güçsüzlerin birleşmesi veya bir güçsüzün hilesi ile güçlü birisini alt etmek mümkündür<sup>46</sup>. Eşitlik güvensizliği, güvensizlik ise savaş halini doğurmaktadır<sup>47</sup>. Hobbes bu durumu "*insan insanın kurdudur*" vecizesiyle ifade etmektedir<sup>48</sup>. Hobbes'a göre "*devlet olmadıkça, herkes herkese karşı daima savaş halindedir*"<sup>49</sup>.

Hobbes doğal hakkı "*kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve kendi muhakemesi ve akli ile, bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür*"<sup>50</sup> diye tanımlamıştır. Hemen devamında özgürlüğün ne olduğuna dair

42 A. P. **Martinich**, Thomas Hobbes, Çev. Akın Terzi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Şubat 2013, s. 2; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 106; **Karaduman**, s. 120.

43 **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 117.

44 **Karaduman**, s. 123.

45 **Bulut**, s. 301-302.

46 Thomas **Hobbes**, Leviathan, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Aralık 1993, s. 92; **McClelland**, s. 193; **Ebenstein**, s. 203.

47 **Hobbes**, s. 93.

48 **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 106.

49 **Hobbes**, s. 94.

50 **Hobbes**, s. 96.

anlayışını açıklamıştır. Hobbes’a göre özgürlükten dış engellerin yokluğunu anlamak gerekir. Bu engellerin çoğu zaman insanın dilediğini yapmasını engelleyebildiğini ancak insanın kendisinde arta kalan gücünü; aklı ve muhakemesinin emrettiği şekilde kullanmasına tam manasıyla engel olunamayacağını belirtir<sup>51</sup>.

İnsan doğası gereği bencil ve çıkarıcı bir mahlûktur. Hobbes, insan doğasında üç temel kavga nedeni olduğunu bildirmektedir. Bunlar rekabet, güvensizlik ve şan ile şereftir. Böylece insanlar başkalarının elinde olanı alıp kazanç sağlamak için; kendisini korumak ve güvenlik elde etmek için ve kendi kişiliklerine yönelen aşağılamalara karşı koymak için mücadele etmektedirler<sup>52</sup>. Aynı zamanda akıllı bir varlık olan insanlar bu kargaşa ortamından çıkış yolları aramışlardır. Çünkü böyle bir ortamda “*çalışmaya yer yoktur; çünkü çalışmanın karşılığı belirsizdir; ve dolayısıyla toprağın işlenmesine de yer yoktur; ne denizcilik; ne deniz yoluyla ithal edilebilecek malların kullanılması; ne rahat yapılar; ne fazla güç gerektiren şeyleri kaldırmak ve taşımak için gereken şeyler; ne yeryüzü hakkında bilgi; ne zaman hesabı; ne sanat; ne yazı; ne de toplum vardır. Hepsinden kötüsü, hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır; ve insan hayatı yalınız, yoksul, kötü, vahşi ve kısa sürer*”<sup>53</sup>. Doğal durumda mülkiyet de yoktur. Çünkü herkesin her şey üzerinde hakkı varsa esasen hiç kimse bir şeye sahip değildir<sup>54</sup>. Hobbes, tam anlamıyla bireyci ve rasyonalist olduğundan, ilkel toplumlarda bireyin değil, ailenin ya da klanın sosyal biriminin temeli olduğu bilincine varmamış; kanundan önce insanların örf veya toplumun tepkisi nedeniyle toplumla uyum halinde olabileceğinin farkına varmamıştır<sup>55</sup>. Hobbes’un, eşit ve tam bir özgürlüğün bulunduğu bu ortamda vahşi insanı tutkularının adeta esiri olarak tasvir etmesi ve insan doğasında bulunan merhameti göz ardı etmesi; Rousseau (1712-1778) tarafından da eleştirilen bir husustur<sup>56</sup>.

51 **Hobbes**, s. 96.

52 **Hobbes**, s. 94; **Ebenstein**, s. 203.

53 **Hobbes**, s. 94.

54 **Martinich**, s. 176.

55 **Ebenstein**, s. 204.

56 Arda **Atakan**, “Putlaştırılmış Bir Kavram: Milli İrade”, Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, Editörler, Bihterin Vural Dinçkol ve diğerleri, Der Yayınları, İstanbul 2012,



Hobbes'un tasvir ettiği böyle bir ortamda yaşamak elbette ki akli başında olan bir kimse için mümkün değildir. Kim olsa böyle bir ortamdan uzaklaşmak ister. Nitekim Hobbes da böyle bir ortamdan çıkılması için gerekli olan yolu göstermektedir<sup>57</sup>. Düzenin sağlanması için “*korkulacak genel bir gücün*” olması gereklidir. Tam burada güncelliğini halen koruyan mantıki bir örnek vererek görüşünü temellendirme yoluna gitmiştir. Hobbes, “*korkulacak genel bir güç olmasaydı hayatın nasıl olacağı, önceden barışçı bir yönetim altında yaşamış olan insanların bir iç savaş durumunda içine düştükleri hayata bakarak anlaşılabilir*”<sup>58</sup> demektedir. Yirmi birinci yüzyıl dünyasında dahi devlet otoritesinin zafiyete uğradığı Irak, Suriye ve Afganistan gibi devletlerde görülen kargaşa ve güvensizlik ortamı, Hobbes’u haklı çıkarmaktadır.

Doğal hak güvenliğini sağlamak için gerekli her şeyi gücünün ve aklının yettiğince yapabilme özgürlüğü vermesiyle, bu haktan savaş hali doğmuştur. Doğa yasaları ise insanın akıl yoluyla bulduğu ve doğal hak ile çelişen kurallardır<sup>59</sup>. Doğa yasalarına uymak insanı barış ortamına doğru sevk eden kurallardır. Hobbes, “*doğa yasaları değişmez ve ebedidir; çünkü adaletsizlik, nankörlük, küstahlık, kibir, haksızlık, adam kayırma ve buna benzer şeyler asla yasal kılınamaz. Savaşın hayatı koruması, barışın ise yok etmesi asla mümkün olamaz*”<sup>60</sup> diyerek aslında devleti daha doğa halinde sınırlandırmaktadır. Hobbes’un katı bir monarşi taraftarı olmadığı aksine monarşiyi doğa yasalarına uymak ve değiştirmek konusunda sorumlu kıldığı söylenebilir. Ancak Hobbes, “*doğa yasaları vicdanen hep bağlayıcıdır, ama fiilen sadece güvenlik olduğunda bağlayıcıdır*”<sup>61</sup> ifadesiyle doğa yasalarının fiilen uygulanmasını ancak güvenliğin tesis edilmesine ve karşısındaki yasalara uyması şartına bağladığı söylenebilir. Hobbes, güvenliğin sağlanmadığı bir ortamda hukuki düzenin de sağlanamayacağını farkındadır.

---

s. 149-150; Jean-Jacques **Rousseau**, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İleri, 10. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009, s. 18-120

57 **Bulut**, s. 303.

58 **Hobbes**, s. 95.

59 **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 106; **Hobbes**, s. 96-97.

60 **Hobbes**, s. 116.

61 **Hobbes**, s. 115.

Hobbes, doğa yasalarının ne olduğunu da bildirmiştir. Toplam on dokuz tane olan bu yasaların<sup>62</sup> belli başlıları şunlardır: ilk doğa yasası barışı aramak ve izlemektir. İkincisi insanlara barışa ulaşmak için çalışmalarını emreden yasadır. Fakat bunu insan nasıl başarabilir. Hobbes, “başkalarının sana ne yapmasını istiyorsan, sen de onlara onu yap” şeklindeki İncil’deki ilkeyi ortaya koyduktan sonra bütün insanlığın ortak yasasının “sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkalarına yapma”<sup>63</sup> olduğunu bildirmektedir. Diğer doğa yasaları yapılan ahitlerin yerine getirilmesi yani sözleşmeye sadakat<sup>64</sup>, minnettarlık, karşılıklı uyum (nezaket)<sup>65</sup> ve insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hususlara ilişkin ilkelere dairdir. Hukuki olarak özellikle hakkaniyet, ortak şeylerin eşit olarak kullanılması ve hiç kimsenin kendi davasının yargıci olamamasına dair yasalar dikkat çekicidir<sup>66</sup>. İnsanlar aralarında sosyal sözleşme yaparak doğa haline son vermenin en akıllıca yol olduğu konusunda birleşmişlerdir.

### 3. Sosyal Sözleşme ve Leviathan’ın Doğuşu

İnsanlar “ölüm korkusu, rahat bir hayat için gerekli şeyleri elde etme arzusu ve çalışarak onları elde etme”<sup>67</sup> umutları nedeniyle barışa yönelirler. Çünkü adalet ve mülkiyet ancak devletin kuruluşuyla başlar<sup>68</sup>. Devletin kurulmasını açıklayan Hobbes, bir insan topluluğunun kendi aralarında ahit (sözleşme) yaparak onların temsilcisi olmak hakkının bir kişiye veya heyete verileceği konusunda çoğunlukla anlaştığı vakit devletin kurulmuş olduğunu ifade etmiştir<sup>69</sup>. Sözleşme “herkesin herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman şartıyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine”<sup>70</sup>, hepsinin tek bir kişilik halinde birleşmeleriyle gerçekleşmiş olur. Hobbes’un yaygın bilenin aksine sözleşmeyle bütün hakların egemen

62 **Hobbes**, s. 96-117.

63 **Hobbes**, s. 97.

64 **Hobbes**, s. 106.

65 **Hobbes**, s. 111.

66 **Hobbes**, s. 113-115.

67 **Hobbes**, s. 96.

68 **Hobbes**, s. 106.

69 **Hobbes**, s. 131.

70 **Hobbes**, s. 130.

güce devredilmesini uygun bulmadığını görüyoruz<sup>71</sup>. Sözleşmeyle sadece yönetme hakkının devredildiğini açıkça belirtmesi bu tespiti dayanak olarak sunulabilir. Ayrıca Hobbes'un; "*Bütün haklar devredilebilir nitelikte değildir. Bir insan hakkını devreder veya ondan ferağ ederken; ya buna karşılık kendisine de bir hakkın devredilmesini bekler veya bundan ötürü başka bir fayda sağlamayı umar. Çünkü bu iradi bir eylemdir ve herkesin iradi eylemlerinin amacı kendisine fayda sağlamaktır. Dolayısıyla, hiç kimsenin, herhangi bir söz veya işaretle, bırakmış veya devretmiş kabul edilemeyeceği bazı haklar vardır. İlk olarak, insan, canını almak için kendisine cebren saldıranlara direnme hakkını bırakamaz; çünkü, bu hakkı bırakmakla, kendisi için herhangi bir yarar elde etmeyi amaçladığı söylenemez. Aynı şey, yaralanmak, zincire vurulmak ve hapis edilmek için de söylenebilir; çünkü, böyle durumlarda sabretmekten gelecek bir yarar olmadığı gibi; ve ayrıca, insan birilerinin kendisine şiddetle yaklaştıklarını gördüğünde, onların kendisini öldürmeye niyetli olup olmadıklarını da bilemez. Son olarak, hakkın ferağı ve devrinin saiki ve amacı, insanın can güvenliğini ve canını koruma yollarının güvenliğini, bu konuda endişeli olmayacak şekilde sağlamaktan başka bir şey değildir. Dolayısıyla, bir insan, sözlerle veya başka işaretlerle, bu işaretlerin yaratılma nedeninden yoksun kılıyor gibi görünürse; istediği şeyin bu olduğu veya iradesinin bu yönde olduğu değil; bu sözler ve eylemlerin anlamı hakkında bilgisiz olduğu düşünülmalıdır*"<sup>72</sup> ifadeleri de bu tespiti doğrular niteliktedir. Can güvenliğine verdiği önem dolayısıyla meşru müdafaa hakkına özel önem verdiği hatta direnme hakkını meşru müdafaa hakkının bir gereği olarak gördüğü söylenebilir<sup>73</sup>. Ayrıca direnme hakkının ön şartını da egemenin uyuğun can güvenliğine karşı haksız müdahalesi olacağı, bunun dışında direnme hakkının kullanılmaması gerektiğini de buradan çıkarabiliriz. Çünkü gelişigüzel kullanılacak bir direnme hakkı sonucu itibariyle tekrar

71 Ancak burada ifade etmek gerekirse egemenin sözleşmenin tarafı değil ürünü olması, haklı ve haksız olanı belirleme yetkisinin egemende olması gibi hususlar Hobbes'un teorisinde çelişkilere yol açmaktadır. Böyle bir yaklaşım ifadelerimi havada bırakabilir niteliktedir. Bkz. **Ebenstein**, s. 205.

72 **Hobbes**, s. 98-99.

73 Oktay **Uygun**, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 214-215; **Bulut**, s. 304; Gemalmaz, Hobbes'un insanın hayatını korumak için direnme hakkının ya da itaatsizlik özgürlüğünün bulunduğunu belirtmesi yönüyle; insan hakları tarihinde vazgeçilmez hak kavramını ortaya atarak yerini almış olduğunu bildirir. Bkz. Mehmet Semih **Gemalmaz**, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayınları, İstanbul 2010, s. 93.

asla arzu edilmeyecek bir kargaşa ortamına yol açabilir.

Devletin yani ‘ölümlü tanrının’ kurulması aslen; “*büyük bir topluluğun üyelerinin birbirleriyle yaptıkları ahitlerle, her birinin huzur ve sükunu ve ortak savunmaları için, içlerinden birinin, onun uygun bulacağı şekilde, hepsinin birden gücünü ve imkanlarını kullanabilmesidir*”<sup>74</sup>. Hobbes “*sözleşmeyle kurulmuş egemenlerin hakları*”<sup>75</sup> konusunda da açıklamalar yapmıştır. Egemenin yönetim hakkını ayrıntılı bir şekilde düzenleyen Hobbes’a göre devletin kurulmasının sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle uyruklar hükümet şeklini değiştirme yetkisine sahip değildir. Yani yeni bir sözleşme ile yönetimi alaşağı edemezler ve egemenin izni olmaksızın başka bir egemene tabi olamazlar<sup>76</sup>. Ayrıca hiç kimse çoğunluk tarafından belirlenmiş olan egemenin kuruluşuna karşı gelemez eğer gelirse adaletsizlik etmiş olur<sup>77</sup>. Egemen güç yasanın ne olduğundan<sup>78</sup> uyruklara neler öğretileceğine, savaşa ve barışa karar vermekten yargılama hakkına varıncaya kadar pek çok yetkiyi elinde tutmaktadır<sup>79</sup>. Hobbes, sözleşmeyle kurulmuş devlet çeşidinin üç tane olabileceğini bunların monarşi, aristokrasi ve demokrasi olduğunu ve aralarındaki farkın egemenliği kullanan kişi sayısına göre tespit edilebileceğini belirtir<sup>80</sup>. Hobbes, barış ve güvenliğin daha iyi sağlanabileceğinden hareketle monarşi taraftarıdır<sup>81</sup>.

Bu çerçevede egemen güçten vazgeçmek mümkün görülmemektedir. Hobbes, egemenin sözleşmenin bir tarafı olmadığını, bu nedenle sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle egemen gücü yargılayacak bir makamın bulunmadığını belirtmektedir<sup>82</sup>. Hobbes, burada kargaşadan korkusunu dışa

74 **Hobbes**, s. 130.

75 **Hobbes**, s. 131.

76 **Hobbes**, s. 131-132.

77 **Hobbes**, s. 133.

78 **Hobbes**, s. 190.

79 **Hobbes**, s. 133-138.

80 **Hobbes**, s. 139; **Göze**, s. 164-165.

81 **Hobbes**, s. 140-147; **Martinich**, s. 182-183.

82 **Hobbes**, s. 132; **Akın**, s. 111; M. Nazan **Arslanel/Ertuğrul Eryücel**, “Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 9; Egemenliğin sözleşme ile sınırlanabilir olmadığı hakkında bkz. **McClelland**, s. 196-199.

vurmuştur. Aslında dileği hem yönetilenlerin hem de yönetenin haklarını korumak; güven ve huzur içerisinde yaşamaktır<sup>83</sup>. Bundan dolayı egemene karşı gelinmesinin kargaşaya neden olacağından endişe ile hareket etmektedir. Çünkü sözleşmeyi ihlal eden ya da aşan egemen sadece bireysel direnmeyle durdurulabilir. Bu direnme yaygınlık kazandığında ise doğa durumuna tekrar dönmüş olur<sup>84</sup>. Hobbes, insanların kendi aralarında yapmış oldukları bir sözleşme ile bütün haklarını “güvenliklerini” sağlamak şartıyla<sup>85</sup> egemene devrettiklerini hareket noktası olarak aldığımızda; egemenin güvenliği sağlayamazsa uyrukların da sadakat borçlarının kalmayacağı vurgusu bu noktada temelsiz kalmaktadır<sup>86</sup>. Kişi egemen de olsa hukuken tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı yükümlülük altına giremez. Burada dolaylı da olsa egemen sözleşmenin tarafı olmak durumunda bırakılmaktadır. Yani insanlar doğa durumundaki eşitlik hali bizi kargaşaya itti, biz de bu güvensizlik halinden kurtulmak için haklarımızı (yönetme hakkını) sana devrettik dediğinde eğer ki egemen yönetmeyi kabul etmişse burada zımnî bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. Ancak Hobbes, monarşinin yokluğunun varlığından daha büyük zararlara neden olacağını düşündüğünden<sup>87</sup>, bu zımnî bağın ileride gelecek tarafından bulunmasını arzu etmiş olabilir nitekim Locke, egemeni sözleşmenin doğrudan bir tarafı yaparak bu muammayı aşabilmiştir. Hobbes, insan doğasını ilk andan itibaren bencillikle ele alması ve insanın diğer iyi yönlerini büyük ölçüde yadsıması varış noktasında Leviathan olan bir devletle karşılaşmamıza yol açmıştır<sup>88</sup>.

---

83 **Göze**, s. 167-168.

84 **Tannenbaum/Schultz**, s. 284.

85 **Karaduman**, s. 123.

86 **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 111; Güvenlik içinde bulunma hakkının devredilmemesinin tutarsızlığa yol açması hakkında bkz. **Martinich**, s. 268.

87 **Hobbes**, s. 138.

88 **Uygun**, s. 218.

## C. Locke'ta Sosyal Sözleşme Anlayışı

### 1. Liberalizmin Kurucu Babası Olarak Locke

John Locke (1632-1704), hayatının çoğunu 17. yüzyılın ikinci yarısında geçirmiştir<sup>89</sup>. İngiliz olan Locke, Hobbes ile hemen hemen aynı dönemde İngiliz iç savaşı ortamında yaşamış olsa da ondan daha iyimser sonuçlar çıkarmıştır<sup>90</sup>. Parlatonun üstünlüğünü savunan tarafta yer alması düşüncelerine de etki etmiştir. 1688'de kralın değişmesi ve İngiliz İnsan Hakları Bildirisinin (Bill of Rights) kabul edilmesiyle, İngiltere artık kralların asla kutsal hak talebinde bulunamayacakları anayasal bir monarşiye dönüşmüştür<sup>91</sup>.

Siyasi düşünce tarihçileri Hobbes'un mu yoksa Locke'un mu liberalizmin 17. yüzyıldaki atası olduğu konusunda görüş birliğine varamamış olsalar da ağırlıklı olarak Locke'un liberalizmin entelektüel atası (kurucu babası) olduğu fikri ağırlık kazanmıştır<sup>92</sup>.

Locke'un siyasal düşüncelerini açıkladığı en ünlü eseri "Uygar Toplum Üzerine İki İnceleme (deneme)" isimli 1690 yılında yayınlanan eseridir<sup>93</sup>. Sosyal sözleşmeye dair görüşleri de ağırlıklı olarak bu eserinde yer almaktadır.

### 2. Doğa Durumu ve İnsan Doğası

Locke'a göre insanlar eşit ve özgür olarak doğarlar. Tanrı'nın daha geniş çerçeveli bir yaratımının parçası olan insan kendisini hayvanlardan ayıran temel özelliği olan akla ve vicdana (manevi duygu) sahiptir. İnsan doğası dört unsurun erdemli bir karışımından oluşmaktadır. Bunlar toplumsallık, bencillik, rasyonellik ve ahlaklılıktır<sup>94</sup>. Doğa durumu (Tabiat/doğal hali) Hobbes'un tasvir ettiği gibi bir savaş ve kargaşa hali değildir.

89 **Gemalmaz**, s. 94.

90 **Tannenbaum/Schultz**, s. 290.

91 **Tannenbaum/Schultz**, s. 290-291.

92 Bican **Şahin**, "Liberalizm", Dünyada ve Türkiye'de Siyasal İdeolojiler, Der. Ömer Çağa/ Bican Şahin, Orion Kitabevi Yayınları, Ankara Eylül 2013, s. 49.

93 **Kapani**, s. 31; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 132.

94 **Tannenbaum/Schultz**, s. 294.

Bu dönemde insanlar akılları ve muhakemeleriyle ortaya çıkardıkları doğal yasalara tabi olarak yaşarlar<sup>95</sup>. Locke siyasi gücü doğru anlamak için insanların doğal halde hangi konumda olduklarının bilinmesi gerektiğini öne sürer<sup>96</sup>. Bu dönemde insanlar “*tabiat kanunlarına bağlı kalarak, başka bir insanın isteğine bağlı kalmadan ya da terk etmesini istemeden hareketlerini ve uygun olduklarını düşündükleri malların ve insanların tasarrufunu düzenlemek için mükemmel bir özgürlük durumu*”ndadır<sup>97</sup>.

Doğal yasalar insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve onların ihtiraslarıyla hareket etmelerini önleyen birtakım kurallar içermektedir<sup>98</sup>. Locke insanların bir çeşit hukuk ve düzen olmadan bir arada yaşayabileceklerine inanmadığından doğal halde kuralların doğal kanun, tarafından konulduğunu belirtir<sup>99</sup>. Buna göre “*Tabiatın durumunun hükmetmek için herkesi yükümlü tutan bir Tabiat kanunu var. Bu kanun tüm insanlara herkesin eşit ve bağımsız olduğundan kimsenin hayatında, sağlığında, özgürlüğünde ya da mülkiyetinde başkasına zarar vermeyeceğini öğretiyor*”<sup>100</sup>.

Hobbes da doğal yasalara vurgu yapmaktadır. Ancak Hobbes’a göre doğal yasalara insanların ulaşması ancak kanlı tecrübeler sayesinde olabilmiştir. Fakat Locke doğal yasaları bir veri olarak sunar ve insanların doğal yasalara ulaşmak için geçirdiği serüveni açıklama gereği duymaz. Bu açıdan bakıldığında Hobbes’un daha gerçekçi bir yol izlediği söylenebilir.

Doğal yaşam döneminde insanların üç temel doğal hakkı vardır. Bunlar yaşam, mülkiyet ve özgürlüktür<sup>101</sup>. Doğal yasalardan kaynaklanan bu hakların ihlal edilmesi durumunda insanların tek başlarına veya birleşerek mütecevizi yargılama ve cezalandırma hakları vardır<sup>102</sup>. Ancak böyle bir cezalandırma durumu savaş haline neden olma potansiyeline sahiptir. Bu

---

95 **Kapani**, s. 31; **Uygun**, s. 221.

96 **John Locke**, *Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*, Çev. Serdar Taşçı/Hale Akman, Metropol Yayınları, İstanbul 2002, s. 23.

97 **Locke**, s. 23.

98 **Kapani**, s. 31; **Gemalmaz**, s. 95.

99 **Ebenstein**, s. 221-222.

100 **Locke**, s. 24-25.

101 **Kapani**, s. 31.

102 **Locke**, s. 25-29; **Gemalmaz**, s. 95.

durum insanları sosyal sözleşme yaparak sadece yargılama ve cezalandırma hakkını devlete devretmeye icbar etmiştir<sup>103</sup>. Hobbes'un ilk andan itibaren öngördüğü savaş hali belki daha düşük yoğunlukta da olsa Locke tarafından da kabul edilmiş görünmektedir. Yoksa “mükemmel bir özgürlük hali” olarak görülen doğal halden insanların çıkması ve egemenin otoritesi altında yaşamayı niçin kabul ettikleri sorusunun cevapsız kalması muhtemeldir. Böylece Locke, insan doğasının kusursuz olduğu, insanları iyi oldukları düşüncesinin bir genelleme olmadığı, istisnai olarak kötü insanların da bulunabileceğini kabul etmiştir<sup>104</sup>. Bu kabul dolayısıyla insanlar istisnai kötüler yüzünden istisnai haklarını devlete devretmişlerdir. Eğer kötülük genelleşirse devredilen hakların da genelleşmesi gereği doğar.

### 3. Devletli Topluma Geçişte Sosyal Sözleşme

Kişileri doğal yaşamdan çıkmalarına motive eden temel neden “güvenlik isteğidir. Bütün insanların eşit, özgür ve kendi kendilerinin efendisi oldukları bir düzende hakkaniyet ve adalet ilkelerine bağlılık pek kolay gerçekleşmeyecektir”<sup>105</sup>. Locke, insanların “devletlere girmesinin ve bir hükümet altına koymalarının büyük ve başlıca amacı”nın, “benim genel bir isim olarak mülkiyet dediğim hayatlarını, özgürlüklerini ve mülklerini karşılıklı koruma için birleşme fikri”<sup>106</sup> olduğunu ifade etmektedir. Locke, sosyal sözleşmeyi tarafların karşılıklı anlaşmasına dayandırarak, güç kullanımının sadece kamu yararı halinde olması gerektiğine işaret etmiştir<sup>107</sup>.

Locke, devletin görev ve yetkilerini, insanların devletli bir toplumda yaşama iradelerine uygun olarak belirlemiştir. Buna göre devlette yasama, yürütme ve federatif güç olarak isimlendirdiği üç kuvvet bulunmaktadır. Bu güçlerin ortak hedefi insanların, haklarının korunması ve kamu yararının sağlanmasıdır<sup>108</sup>. Yönetenlerin insanların hakları ihlal edebileceği

<sup>103</sup> Göze, s. 177-178.

<sup>104</sup> Arslanel/Eryücel, s. 11.

<sup>105</sup> Göze, s. 179.

<sup>106</sup> Locke, s. 99.

<sup>107</sup> Carl J. Friedrich, Sınırlı Devlet, Çev. Mehmet Turhan, 2. Bası, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2014, s. 42; Locke, s. 75.

<sup>108</sup> Locke, s. 105-115.



üzerinde de duran Locke, yönetilenlerin doğal haklarının ihlal edilmesiyle birlikte direnme hakkının da devreye gireceğini belirtmektedir<sup>109</sup>. Anlaşılan odur ki Locke, insan doğasında istisnai olarak da ortaya çıkabilecek kötü yönlerin yöneticiler arasında da devletin kurulması sonrasında devam edebileceğini düşünmekte ve direnme hakkıyla gözdağı vermektedir. Son tahlilde, özgürlüğün korunmasında son çare olarak fiili mücadele olmadan sürekliliğin sağlanamayacağını düşündüğü söylenebilir. Nitekim hayatı da bu düşüncesini teyit eder niteliktedir.

Locke direnme hakkı ile yöneticinin değiştirilmesinin ve hükümetin meşruluğunun halkın rızasına bağlı olarak meşru olması tezini özellikle 1688 yılında Kral James'in tahttan indirilmesi ve kral olarak William'ın tahta geçmesinin meşruluğu için savunmuştur<sup>110</sup>. Direnme hakkına Locke'un yaptığı vurgu ilerleyen zamanda Amerikan ve Fransız devrimlerinin fikri temellerinden birini oluşturmuştur<sup>111</sup>.

Locke'da da siyasal düzen en nihayetinde Hobbes'ta olduğu gibi doğal arzu ve isteklerin gerçekleştirilmesi için bir araçtır. İnsan doğası gereği mutluluğu arzulayan bir varlıktır. Bunun sağlanması için güvenin, refahın ve konforun sağlanması gerekmektedir. Hobbes, egemen bir güç olmaksızın bu hedefe ulaşmanın mümkün olmadığını belirtirken; daha çok insanın devlet karşısındaki ödevlerine vurgu yapmıştır. Oysa Locke için, Hobbes'un teorisinde eksik kalan veya daha az vurgulanan devletin haklar yoluyla sınırlandırılması konusundaki kısmı tamamladığı söylenebilir<sup>112</sup>.

## SONUÇ

Sosyal sözleşme teorisi, devletin kökenini ve insanların devletin karşısında hak ve yetkilerini açıklamak konusunda önemli bir teoridir. Teori aslında iki kısımdan oluşmaktadır. Doğal yaşam dönemi ve devletli toplum hali, devletli toplum haline geçişin nedenleri doğal yaşam döneminin kurgulanmasında yatmaktadır.

109 Ömer **Ömeroğlu**, "Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri", EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 109.

110 Roger **Woolhouse**, John Locke, Çev. Akın Terzi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Ekim 2011, s. 331.

111 **Uygun**, s. 224; **Ebenstein**, s. 231.

112 **Bulut**, s. 306.

Eski Yunan'da Sofistler tarafından Site'nin kurgu olduğunun ve insanın önemini vurgulamak için kullanılan sözleşme anlayışı, Helenistik dönemde Epikürcüler Sitemlerin ortadan kalktığı bir ortamda tek başına kalan insan için yol gösterici olmuştur.

Orta Çağ'da skolastik dönem boyunca kilisenin başat rolü dolayısıyla insanlar arasında bir sosyal sözleşme yapıldığı fikri savunulmamıştır. Yeniçağ ile birlikte özellikle Reform hareketlerinin de etkisiyle kilise otoritesinden bağımsız bir devlet anlayışı ortaya çıkarılmasında sosyal sözleşme fikri dayanak noktası oluşturmuştur. Egemenliğin dünyevi dayanağı konusunda sözleşme fikrinin sağlam bir temel oluşturduğunu söylemek abartılı bir tespit olmasa gerektir.

On yedinci yüzyıl İngiltere'sinin iki önemli fakat savundukları devlet teorisi bakımından karşıt oldukları düşünülen teorisyeni Hobbes ve Locke'un sosyal sözleşme görüşleri sonraki dönemler için etkileyici çözümler sunmaktadır. Hobbes insanı bencil fakat eşit ve rasyonel bir varlık olarak kabul etmekte, insanlar arasındaki eşitliğin mutluluk getirmediğine inanmaktadır. Eşitlikten taviz vererek güvenliği tercih etmenin rasyonel olacağını düşünür. Sözleşme teorisinde en dikkate değer yönlerden birisi kuşkusuz teorisyenin yaşadığı ortam ve kişiliğidir. Hobbes'un çekingen kişiliği, İngiltere'nin iç savaş halinde olması öngördüğü sosyal sözleşmeye de yansımıştır. Aynı şekilde Locke'un mücadelesi ve kişiliği ile teorisi arasında sağlam bir ilişki bulunmaktadır. Yaşadığı dönemde kralın tahtan indirilmesi, yeni kralın tahta çıkışında Haklar Bildirisini onaylaması gibi olaylar sosyal sözleşme anlayışına doğrudan yansımış hususlardır. Hayat, mülkiyet ve özgürlüğün korunması anlayışı devletten önce bu hakların bulunduğu ve devlete devredilmediğinin temellendirilmesinde Locke, insan doğasının bu hakları hak edebilecek olgunlukta akıllı ve uyumlu olduğunu öne sürmüştür. İnsan doğası itibarıyla devlet çatısı altında yaşamadan da haklara ehil olacak kadar iyi olduğunu ancak devlet olmadan bu durumu sürdüremeyecek yapıda olduğunu vurgular. Özellikle insanlar arasında haklara riayet etmeyenlerin bulunabileceğini kabul etmesi insan doğasının mükemmel olmadığını kabul ettiğine delil teşkil etmektedir. Daha ilginç kötülük ve haksızlıkla muhatap olan insanın; yargılama ve cezalandırma konusunda adaletli davranamayacak bir zafiyette olmasıdır.

Sonuç olarak insan doğası sosyal sözleşme teorisi açısından önemlidir; aslında bir insan olarak teoriyi ortaya koyan insanın (teorisyenin) doğası da sosyal sözleşme ve devlet anlayışına doğrudan etki etmektedir.

### KAYNAKÇA

**Ağaoğulları**, Mehmet Ali. Kent Devletinden İmparatorluğa. 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2009.

**Akad**, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin/**Bulut**, Nihat. Genel Kamu Hukuku. 17. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021.

**Akın**, İlhan. Kamu Hukuku. 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1993.

**Arslan**, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi Helenistik Dönem Felsefesi: Epikürosçular Stoacılar Septikler. C. 4, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

**Arslan**, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi: Sofistlerden Platon'a. C. 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

**Arslanel**, M. Nazan/**Eryücel**, Ertuğrul. "Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri". Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. C. 15, S. 2, 2011, s. 1-20.

**Atakan**, Arda. "Putlaştırılmış Bir Kavram: Milli İrade". Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, Editörler, Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut/Rukiye Akkaya Kia/CevatOkutan/Mehmet Akif Etgü/Hülya Dinçer, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 143-280.

**Bulut**, Nihat. "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi". Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, Editörler, Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut/Rukiye Akkaya Kia/CevatOkutan/Mehmet Akif Etgü/Hülya Dinçer, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 297-318.

**Ebenstein**, William. Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri. Çev. İsmet Özel, 2. Bası, Şule Yayınları, İstanbul 2001.

**Friedrich**, Carl J. Sınırlı Devlet. Çev. Mehmet Turhan, 2. Bası, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2014.

**Gemalmaz**, Mehmet Semih. Devlet, Birey ve Özgürlük. Legal Yayınları, İstanbul 2010.

**Göze**, Ayferi. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler. 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

**Hobbes**, Thomas. Leviathan. Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Aralık 1993.

**Kapani**, Münci. Kamu Hürriyetleri. 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**Karaduman**, İbrahim Can. “Thomas Hobbes ve Leviathan’ı Üzerine Bir İnceleme: Yönetim Bilimi’ni İçeriye Almak”. Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi. C. 3, S. 1, 2020, <https://doi.org/10.33712/mana.687980>, E.T. 27.10.2022, s. 114-137.

**Kılıç**, Yavuz. “Hobbes, Locke ve Rousseau’da ‘Doğa Durumu’ Düşüncesi”. Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi. S. 2, 2015, s. 97-117.

**Locke**, John. Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet. Çev. Serdar Taşçı/Hale Akman, Metropol Yayınları, İstanbul 2002.

**Martinich**, A. P. Thomas Hobbes. Çev. Akın Terzi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Şubat 2013.

**McClelland**, J. S. A History of Western Political Thought. published by Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, First published 1996 (Transferred to Digital Printing 2009).

**Okandan**, Recai G. Umumi Amme Hukuku Birinci Kitap (İlk Zamanlar). İÜHF Yayınları, İstanbul 1946.

**Ömeroğlu**, Ömer. “Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri”. EÜHFD. C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 103-115.

**Rousseau**, Jean-Jacques. İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı. Çev. Rasih Nuri İleri, 10. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009.

**Şahin**, Bican. “Liberalizm”, Dünyada ve Türkiye’de Siyasal İdeolojiler. Der. Ömer Çağa/Bican Şahin, Orion Kitabevi Yayınları, Ankara Eylül 2013, s. 41-102.

**Şenel**, Alâeddin. Eski Yunanda Siyasal Düşünüş. AÜSBF Yayını, Ankara 1968.

**Tannenbaum**, Donald/**Schultz**, David. Siyasi Düşünce Tarihi. Çev. Fatih Demirci, 2. Bası, Adres Yayınları, Ankara Kasım 2008.

**Touchard**, Jean. Siyasal Düşünceler Tarihi. Çev. İsmail Yerguz, Işık Yayınları, İstanbul 2015.

**Türk**, Duygu. “Helen Güneşi Batıyor, Roma Güneşi Doğuyor”. Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağa-oğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 153-195.

**Uygun**, Oktay. Devlet Teorisi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

**Woolhouse**, Roger. John Locke. Çev. Akın Terzi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Ekim 2011.

**Yalçınkaya**, Ayhan. “Yunan Uygarlığı İçinde Polis ve Siyaset”. Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağa-oğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 23-90.

**Yayla**, Atilla. Siyaset Teorisine Giriş. 5. Bası, Kesit Yayınları, İstanbul 2012.

**Zabunoğlu**, Yahya K. Devlet Kuramına Giriş. 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## 1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetler ve Pozitif Temelleri

The Rights and Freedoms Granted in the 1925 Iraqi Constitution  
and Their Positive Foundations

  Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM\*

### ÖZET

Anayasalar devletlerin yapısını, kuruluş şeklini, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tanımlayan güvence altına alan ve birçok farklı hususu içeren yazılı metinlerdir. Anayasalar bireylerin hak ve hürriyetlerini evrensel açıdan eşit ve adaletli şekilde dağıtmalı aynı zamanda oluşturacağı bağımsız yargı organlarıyla da mezkûr hakları güvence altına almalıdır. Bu bağlamda 1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetlerin Teorik Temelleri başlığı altında, 1925 Irak Anayasası'nda hak ve özgürlüklerin tarihi gelişimine ayna tutulmaya çalışılmıştır. Özellikle Irak Anayasası karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde anlatılmaya çalışılmıştır. Bu çalışmanın amacı, 1925 Irak Anayasası'nda yapılan temel hak ve hürriyetlere ilişkin değişiklikleri, kanun önünde eşitlik, din

\* Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 03.08.2022 | **Kabul/Accepted:** 08.09.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Abdülazim İbrahim, "1925 Irak Anayasası'nda Düzenlenen Hak ve Hürriyetler ve Pozitif Temelleri", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (437-473).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

özgürlüğü gibi hakları kapsamlı şekilde ele almaktır. Çalışma sürecinde özellikle Türkiye’de yayınlanan hak ve özgürlüklerle ilgili dokümanlar literatür taraması tekniği kullanılarak incelenmiştir. Ayrıca Irak Anayasaları ile ilgili ansiklopedi, kitap, dergi, gazete ve internet gibi çeşitli kaynaklar referans kaynak olarak kullanılmıştır. Söz konusu kaynaklar arasında Türkçe eserler bulunduğu gibi çok sayıda Arapça eserler de bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** 1925 Irak Anayasası, Irak İnsan Hakları, Irak’ta Özgürlükler, Irak Kanuni Esaside Hak ve Hürriyetler, Kanun-i Esasi.

## ABSTRACT

Constitutions are written texts that define and assure the structure of the state, its form of establishment, the fundamental rights and freedoms of its citizens, and contain many other issues. Constitutions should universally distribute the rights and freedoms of the individuals equally and fairly, and in the meantime, should guarantee their rights by means of independent judicial organs to be created. In this context, under the title of Theoretical Foundations of Rights and Freedoms Regulated in the 1925 Iraqi Constitution, it has been tried to mirror the historical development of rights and freedoms in the 1925 Iraqi Constitution. In particular, the Iraqi Constitution was tried to be explained in detail in a comparative manner. The aim of this study is to comprehensively address the amendments to the 1925 Iraqi Constitution regarding fundamental rights and freedoms, equality before the law, and freedom of religion. In the study process, especially concerning the rights and freedoms published in Turkey, the documents were examined by using literature search technique. In addition, various sources such as encyclopedias, books, magazines, newspapers, and webpages have been used as reference sources. These sources include Turkish works as well as many Arabic works.

**Keywords:** 1925 Iraqi Constitution, Iraqi Human Rights, Freedoms in Iraq, Rights and Freedoms in Iraqi Law, Basic Law.

## GİRİŞ

Fransız Devrimi’nin etkisiyle ortaya çıkan ve evrensel yansımaları olan hak ve özgürlüklerin gelişimi ve toplumsal hayata etkileri Avrupa ve Ortadoğu ülkeleri için farklı olmuştur. Avrupa için temel hak ve özgürlükler burjuva sınıfının mutlak otorite sahipleri ile (kral-kraliçe) çetin mücadele sonrasında kazanılmıştır. Orta Doğu’da ise aydın sayılabilecek kesimlerin ve ordu mensupları tarafından Batı taklidi anayasalarla hayata geçirilmiş toplumsal kazanımlar olarak kendini göstermektedir.

Irak Anayasalarının gelişim süreci içinde (1925-2005) ilk basamak sayılan 1925 Anayasası ve temel hak ve özgürlükler bu çalışmanın sınırlarını çizmektedir. 1925 Irak Anayasası’nı hazırlayan irade sayesinde Fransız

Devrimi'nin vazgeçilmez ilkelerine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla özgürlük, eşitlik ve hukukun üstünlüğü gibi evrensel ilkelerin Irak Anayasası'nın temel yapı taşları olarak kullanıldığı görülmektedir.

Çalışma ile 1925 Irak Anayasası'nda insan hakları ve özgürlüklerinin dayanağı olarak görülen; hakların eşitliği, din özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğünün yanında mülkiyet hakkı ve vergilerin yasallığı gibi toplum açısından hayati önemi haiz konuların Irak Anayasası'ndaki yeri ortaya konulmuştur. Devamında ise Arap ülkeleri anayasalarında vatandaşlık hakkı ve kanun önünde eşitlik konuları incelenmiş olup Suriye ve Lübnan anayasaları ile kısmen karşılaştırma yapılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde eşitlik, bireylerin siyasî ve medeni hakları, ödev ve külfetlerine eşit katılım, vergi ödemede, zirai gelirlerde, kamusal görevlere katılımda, askerlik görevini ifada eşitlik başlıkları altında incelemeler yapılmıştır. Sonrasında kişi özgürlüğü ve güvenliği, yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı hakkı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, konut dokunulmazlığı hakkı, bireysel mülkiyet hakkı, kişileri zorunlu borçlandırma, mal edinme, gayrimenkul ve müsadere, angarya, menkul ve gayrimenkul mallara genel olarak el koyma yasaklığı gibi konulara genel bir bakış yapılmıştır. Devlet tarafından menkul ve gayrimenkul mallara el konulması, düşünce ve kanaat, basın ve yayın, toplanma, dernek ve siyasi parti kurma, haberleşme hakkı ve haberleşmenin gizliliği, hak arama özgürlüğü, dilekçe hakkı, kanun üstünlüğü veya devletin kanuna uyum başlangıcı ve son kertede kuvvetler ayrılığı başlıkları incelenmiş uygulama şekilleri gösterilmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan hak ve özgürlüklerin kanun yoluyla sınırlanması, korunması, yüksek mahkeme ve yetkilerinin kısaca incelemesi yapılmıştır.

## I. 1925 İRAK ANAYASASI'NDA<sup>1</sup> İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN DAYANAĞI

1925 Anayasası'nın hazırlayıcıları Fransız Devrimi'nde bulunan devrimin ilkelerine duyarsız kalamamışlardır. Ancak yine de Fransız Devrimi

<sup>1</sup> **1925 Irak Anayasası veya Kanun-i Esas-i**; Birinci Dünya savaşının sona ermesiyle birlikte, Irak'ta birtakım önemli gelişmeler meydana gelmiştir. Bunların başında Mart 1921 yılında İngiliz denetimi altında Mısır'da düzenlenen konferans sonucunda; Kral Faysalı Irak devletinin kralı olarak ve 1925 Anayasa yapım hazırlıklarına başlatılmasına karar verilmiştir. 1925 Irak Anayasası (1876 Kanun-ı Esâsi, ve 1922 Mısır Anayasası) gibi anayasaları temel kaynak göstererek yazılmıştır. 21.05.1925 tarihinde yürürlüğe girer. Hükümetin şekli Monarşi olarak belirlenmiştir. Kral hem



Irak Anayasası için tek bir kaynak sayılmadığı gibi Fransız İnsan Hakları Bildirisi'nin değinmediği pek çok temel insan hakkına başka anayasal metinler kullanılmak suretiyle değinildiği görülmektedir. Dolayısıyla Fransız Devrimine kaynaklık eden; *eşitlik, din ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, mülkiyet hakkı* ve Fransız İnsan Hakları Beyannamesi'nde yer alan bütün vatandaşların veya vekil tayin ettiği kişilerin ortak çıkarlarının gereği olarak vergilerin yasallığı haklarını (14'üncü mad.) düzenlemektedir. 1925 Irak Anayasası'nın 9'uncu maddesinin de aynı şekilde (vergilerin yasallığı) toplumun bütününe kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir.

### A. Eşitlik

Avrupa demokrasilerinin genel olarak bu ilke üzerine inşa edildiği söylenebilir. Özgürlük eşitlik ve kardeşlik ilkeleri Fransız Devriminin temel yapı taşları olarak kullanılmıştır. Zira insanlar hür olarak doğar, eşit ve kardeş olarak yaşamlarını sürmektedirler.<sup>2</sup> Bildirgenin 6'ncı maddesinde hukuk ve kanun önünde eşitliğe vurgu yapılmaktadır. Kanunlar herkes için aynı şekilde uygulanmaktadır. Kısaca bütün insanlar kanun önünde eşit sayılmaktadır. Yine bildirgenin 13'üncü maddesinde vergi eşitliğine değinilerek sosyal adalet sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>3</sup> Bu minvalde yazılı bu metinler uyumlu hale getirilerek Irak Anayasası oluşturulmuş ve Irak halkı kanun önünde ırk, dil, din vb. farklılık ve kültürel zenginlikleriyle bir tutulmuşlardır.

---

yürütme hem de yasama erklerinde geniş yetkilere sahiptir. 123 madde, 10 bölümden oluşmaktadır. Bunlar: Temel Hak ve Hürriyetler, Kralın yetkileri, yasama organının görev ve yetkileri, bakanların seçimi, seçilme şartları, görevi, devletin bakan sayısı, devletin bütçesi, mahalli idareler yönetimi, kanunlar, düzenleyici idari işlemlerin uygulama şekli ve son olarak 1925 Anayasasının değiştirilmesiyle ilgili hükümler (hükümlerin değiştirme usulleri). 1925 Anayasası yaklaşık 33 sene yürürlükte kaldıktan sonra, 1947 yılından itibaren Baas partisi Arap Birliği çatısı altında Ortadoğu'da birtakım düzenlemeler meydana gelir ve 1925 Anayasası yürürlükten kaldırılır yerine 1958 Anayasası yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 1964, 1970, 1990, 2003 ve son olarak günümüz 2005 Irak Anayasası yürürlüktedir. Bkz. Abdülazim **İbrahim**, "Hak ve Hürriyetler Bakımından Osmanlı Anayasal Belgelerinin Irak 1925 Kanun-i Esasiyeye Tesiri", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 6, S. 1, 2021, s. 7.

- 2 Hüseyin **Cemil**, Temel Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, Maarif Yayınevi, El İskenderiye Mısır 1975, s. 43.
- 3 Adnan Hamudi **Celil**, Hak ve Özgürlüklerin Teorisi ve Çağdaş Uygulamaları, D.N Yayınları, El Kahira Mısır 1974, s. 29.

## B. Din Özgürlüğü

Bildirgenin 10'uncu maddesine göre insanlar inanç ve farklı düşünceleri nedeniyle tabi ki toplumsal düzeni bozmadıkları sürece ayrıma tabi tutulamaz ve yargılamaz denilmektedir. Burada din özgürlüğü kavramının diğer kavramlarla beraber kullanılarak toplumsal alana birlikte tatbik edildiği söylenebilir. Ancak 1925 Irak Anayasası, din özgürlüğünü 13'üncü<sup>4</sup> maddesinden bağımsız olarak uygulamaya koymuştur.<sup>5</sup> Bunun nedeni genel kamu düzenine ve adaba aykırı olmamak kaydıyla bütün Irak halkı için eşit şekilde uygulanmasını sağlamak olarak düşünülmelidir.

## C. Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü

İnsanlar için düşüncelerini açıklama eylemi yaşam içinde belki de farklılıklarımızın ortaya çıkması bakımından en önemli olanıdır. Düşüncüyü açıklama özgürlüğünün Fransız İnsan Hakları Bildirisi'nin 11'inci maddesinde ele alındığı görülmektedir. Ne var ki kanunun elverdiği esaslar içinde kullanılması toplumsal barış açısından önem taşımaktadır. Yine bu müstesna maddenin 1925 Irak Anayasası ile Fransız Bildirgesinin önüne geçtiği görülmektedir. Çünkü Irak Anayasası düşüncüyü açıklama özgürlüğünü kabul ve tasdik etmiştir. Bunun yanında toplanma ve dernek kurma gibi faaliyetleri de aynı maddeye yerleştirerek bir adım daha ileriye taşındığı görülmektedir. Fransız Beyannamesinin merkezinde insan bulunduğu için, yapılan bütün düzenlemeler insani bireysellik temelinde kalmaktadır. Bu nedenle toplanma veya dernek kurma gibi insan yığınlarının faaliyetlerinin kasıtlı ihmal edildiği söylenebilir.<sup>6</sup> Bu ihmalin sebebi olası kitle hareketlerinden çekinme olabilir. Ancak daha sonra meydana gelen sosyal ve iktisadi gelişmeler (kitleleşme hareketlerine) bağlı olarak Fransız Anayasası'nda 1946 yılında yerini almıştır. Bu kanunun kabulü ile grev suçu ortadan kalkarken işçilik ve bu meslek ile alakalı gruplara (sendikalar) bazı kazanımlar verilmiştir.<sup>7</sup> Bu sayede evrensel etkileri olan

4 1925 Irak Anayasasının 13. maddesi: "İslam devletin resmi dinidir. Dini ritüelleri hangi mezhepten olursa olsun ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmadıkça herkes tam bir inanç özgürlüğüne sahip ve devlet tarafından güvence altına alınmaktadır".

5 Abdülazim İbrahim, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2010, s. 30.

6 Rubirobilo, Devlet ve Vatan, Çev. Nühe Kali, Kılfat Yayınları, Beyrut 1961, s. 29.

7 Söz konusu gelişmeler 19. yüzyılın yarısında Fransa'da sanayi devriminin hızla gelişmesiyle ilgilidir. Ayrıca işçi sınıfının bir hayli artış göstermesi bununla birlikte eko-

Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'nde kabul edilen temel insan hakları, özellikle hak, özgürlük ve eşitlik gibi kavramların Irak Anayasası'nda etkili şekilde düzenlendiği görülmektedir.

#### D. Mülkiyet Hakkı

Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'nde belirtildiği gibi toplumların ve doğal hakların korunması yine özgürlüklerin ve mülkiyet haklarının korunması ile gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle mülkiyet hakkı çok önemlidir ve herkesin “toplumsal çıkar ve menfaatler” harici mülkiyet hakkının korunması ve muhafaza edilmesi şarttır. Nitekim 1925 Irak Anayasası bu zemin üzerine oturtulmuştur. Irak Anayasası'nın 10'uncu maddesi ile mülkiyet hakkının her türlü saldırıdan korunması amaçlanmıştır.<sup>8</sup>

#### E. Vergilerin Yasallığı

1789 Fransız İnsan Hakları Beyannamesi, bütün vatandaşların veya vekil tayin ettiği kişiler eliyle ortak çıkarların gereği olarak vergilerin düzenlenmesi haklarını 14'üncü maddesiyle düzenlemektedir. 1925 Irak Anayasası'nın 9'uncu maddesinde aynı düzenleme toplumun bütününe kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. 1925 Anayasası ile 1789 Bildirgesi karşılaştırıldığında ortak noktaların kanunla düzenlenmesi ve toplumun ortak çıkarlarına hizmet etmeleri dikkat çekmektedir. Daha önemlisi halka rağmen bir şey olmaması yani halkın büyük oranda desteğini almasıdır.

Bu ilke batıda incelendiğinde Fransız Bildirgesinin 1628 İngiliz Hukuk Tasarısından etkilendiği sabittir. İngiliz Hukuk Tasarısı kralın yetkilerine sınırlama getirmiştir. Fransız Bildirgesi de 1925 Irak Anayasası'nı etkilemiştir. Ancak Fransız Bildirgesinde açık şekilde bulunan fakat Irak Anayasası'nda sınırlanan bazı haklar bulunmaktadır. Örneğin, konut dokunulmazlığı, posta, telefon, telgraf ve haberleşme özgürlüğü, hak arama özgürlüğü, şikâyetle bulunma hakkı, özel okul açma hakkı vb.

---

nomik ve sosyal problemlerin hızla artması onları haklarını savunabilmek düşüncesiyle birlik ve dayanışmaya sevk etmesinin doğal sonucudur. **Cemil**, Temel Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, s. 153.

<sup>8</sup> Muhammed **El Yasin**, Temel Hak ve Özgürlükler, Hadis Yayın ve Dağıtım Evi, Beyrut 1988, s. 47-48.

## F. Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Gizliliği İlgili Düzenlemeler

Konut dokunulmazlığı ve haberleşme gizliliği konularında yapılan düzenlemeler kişisel hak ve özgürlükleri tamamlayan haklar olarak görülebilmektedir.<sup>9</sup> Çünkü kişisel özgürlüklerin garanti altına alınması aynı zamanda bu hakların da koruma altına alınması anlamını taşımaktadır. Diğer taraftan dilekçe verme hakkının köken olarak sanayi devriminden önceki demokratik geleneklere kadar götürmek mümkündür.<sup>10</sup> Bu hak ile halk ceza almadan krala dilekçe verme hakkına kavuşmuştur. Bazı grupların özel okul açmalarına dair kanun Osmanlı Anayasası'nın 10'uncu maddesine dayanmaktadır. Gerçi hak kendiliğinden oluşmadığı gibi Batı dayatması ile ortaya çıkmıştır.<sup>11</sup> Özel okulların açılması 1925 Irak Anayasası açısından incelendiğinde 1922 İngiltere Irak Antlaşmasına dayandırıldığı görülmektedir.<sup>12</sup> Bu anlaşmayla bütün toplumlar için özel okul açma hakları üyelerinin kendi dillerinde eğitim görmeleri garanti ve koruma altına alınmıştır.<sup>13</sup>

## G. Kanun Önünde Eşitlik

1925 Irak Anayasası'nın 6'ncı maddesinde; din, dil ve etnik köken farklılıklar olsa da kanun önünde bütün Irak vatandaşları eşittir hükmüne yer verilmektedir. Tabi ki burada esas bahsedilen ve önemine vurgu yapılan konu, kanun önünde eşitlik ilkesidir. Söz konusu eşitliğin mezhepsel ve iktisadi olarak iki yönünün bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bu şekilde vatandaşlar arasındaki sosyal ve iktisadi bakımdan oluşabilecek muhtemel ayrımların önüne geçilmek istendiği düşünülmelidir.<sup>14</sup> Dolayısıyla Fransız İnsan Hakları Beyanname'si'nin ve özellikle 1'inci ve 6'ncı maddelerinin etkilerinin olduğu açıktır.

<sup>9</sup> Nasir **El Cuburi**, Din Görüşünde Siyasi İnsan Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Bağdat İlahiyat Fakültesi, 1999, s. 27.

<sup>10</sup> Eysmen'e göre: "Bireyler dilekçe sunma hakkını krala karşı işin en başından beri kullanmışlardır. Kral belirli dönemlerde söz konusu dilekçeleri incelemek için parlamento üyelerinden vekiller seçmeye başlamıştır."

<sup>11</sup> Kâmil **Kazancı**, "Fransız Devriminin Irak Anayasası'nda Bıraktığı Miras", Rabıta Dergisi, C. 1, S. 908, 1944, s. 322.

<sup>12</sup> 1922 İngiltere ve Irak Antlaşması.

<sup>13</sup> Ömer **Hasbu**, Özgürlük ve Topluluklar, Dar El Nahda Yayınevi, Kahire 1999, s. 73.

<sup>14</sup> **El Cuburi**, s. 29.

Faysal Şantavi'nin de belirttiği gibi: “*Iraklılar, maddi ve siyasî haklardan yararlanmakta ve kendilerine düşen vazifelerde ve genel yükümlülüklerde eşittirler. Aralarında, bu konuda köken veya dil ve din konusunda hiçbir fark yoktur...*”<sup>15</sup> Bu ifadenin temelde (1925 Irak Anayasası madde 18) bütün Irak vatandaşları için kanun önünde eşitlik vurgusu yaptığı görülür.

Bu minvalde 1925 Irak Anayasası'nda yer alan bu metnin Suriye (18'inci madde) ve Lübnan Anayasalarında da (7'nci madde) yer alması kanımca Fransız İnsan Hakları Beyannamesinin evrensel yansıması olarak görülmelidir.

## II. 1925 IRAK ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Anayasa devletlerin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini tanımlayan, güvence altına alan çerçevesini çizen metinlerdir. Anayasa metinlerinde ele alınan temel hakların ve hürriyetlerin insanın doğasıyla uyumlu olması, eşitsizlikleri ve bilhassa adaletsizleri ortadan kaldırması gerekmektedir.<sup>16</sup> Bu bağlamda 1925 Irak Anayasası'nda eşitlik kavramı, yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı, seyahat hürriyeti, konut dokunulmazlığı başta olmak üzere birtakım haklar kapsamlı şekilde ele alınmıştır.

### A. Vatandaşlık Hakkı ve Anayasa Önünde Eşitlik

Bireylerin en önde gelen haklarından birisi yaşadığı siyasal düzen ile bağıntı gösteren vatandaşlık hakkıdır. Bu hak kanunlar ve anayasalar ile güvence altına alınmaktadır.<sup>17</sup> Vatandaşlık hakkını kazanma veya kaybetme hükümlerinin kanunla düzenlendiğini belirtmek gerekir ki<sup>18</sup> örnek

15 Faysal Şantavi, 1925 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, Hamid Yayın ve Dağıtım, Mısır 1998, s. 53.

16 Müslim Akdemir, “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından İnsan Doğası”, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, C. 0, S. 4, 2005, s. 74-79.

17 İbrahim, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 36.

18 Burada maksat, 1954 yılında çıkan Tabiiyet (Vatandaşlık) Kanunu'dur.

vermek gerekirse 1925 Irak Anayasası'nda vatandaşlık haklarının anayasanın 5'inci maddesi ile düzenlendiği görülmektedir.<sup>19</sup> Bu maddenin vatandaşlığın tanımından ziyade siyasal devlet yapısı içinde vatandaşlık tanımını düzenlediği görülür.<sup>20</sup> Dolayısıyla “*vatandaşlık*” birey için siyasi bir oluşumun, yani, kişiler için devletle bağının sembolize edilme şeklidir denilebilir.

Vatandaşlık hakkının Arap ülkelerinde ve Osmanlı içinde yeri incelendiğinde 1876 Kanuni Esasi olan ilk Osmanlı Anayasası'nın 8'inci maddesinde Osmanlı bünyesinde bulunan bütün bireylere istisna gözetmeden Osmanlı tebaası olarak bakıldığı görülür. Bu nedenle Osmanlı sıfatını kazanmak ve kaybetmek de yine kanunla düzenlenmiştir. Burada Osmanlı sıfatının aynı zamanda tabiiyet anlamı taşıdığı bilinmelidir.<sup>21</sup> Benzer şekilde Suriye (10'uncu maddesi) ve Mısır (1'inci maddesi) anayasaları incelendiğinde vatandaşlığın kazanılması, kaybedilmesi ve tabiiyet şeklinin hangi hallerde uygulandığı açık şekilde görülmektedir.<sup>22</sup>

Vatandaşların korunması için ne sebeple olursa olsun ayrımcılığın engellenmesi kanun önünde “*eşitlik*” anlamı taşımaktadır. Fransız Bildirgesinde insanların hür doğması ve eşit yaşamasına atıflar yapıldığı görülmektedir. 1925 Irak Anayasası da bu ilkeleri dikkate alarak köken (milliyet), dil ve din olguları üzerine düzenlemeler yapmış, esaslar belirlemiştir.<sup>23</sup>

Düşünsel çerçevede 1925 Irak Anayasası için tam anlamıyla bir eşitlikten söz etmenin doğru olmadığı görülmektedir. Çünkü dikkatli bakıldı-

19 Irak topraklarında ilk kez vatandaşlık kanunu 6 Ekim 1924 tarihinde çıkarılmış ve uygulanmıştır.

20 Abdullah İsmail **El Büstani**, Anayasadaki Ön Hatıralar, Talia Yayınevi, Beyrut 1950-1951, s. 257.

21 Bkz; Osmanlı hukukçuları gözünden tabiiyet hukuku, T. C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Editör, Ahmet Kılınc, Ankara 2021, s. 131-140

22 Ahmet **El Mansur**, Irak Anayasalarında Temel Haklar, Bağdat Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, 1989, s. 73.

23 Abdülazim **İbrahim**, İnsan Hakları Teorisi Uyarınca Eski ve Yeni Ahitte Düzenlenen Ortak Haklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 27-30.

ğında genel haklardan söz edilmiş ancak kadın haklarından bahsedilmemiştir.<sup>24</sup> Örneğin 1946 yılında çıkartılan seçim kanununda seçmen listeleri asıldığında kadın seçmenlere yer verilmediği görülmektedir.<sup>25</sup>

## B. Siyasî, Medeni Haklar, Ödev ve Mükellefiyetlerde Eşitlik

Irak Anayasası'nın 18'inci maddesi vatandaşlarına siyasi ve medeni haklardan eşit şekilde yararlanma hakkını vermiştir. Bu sayede vatandaş olmanın gereği olan ödev ve sorumlulukların sınırlarını çizmiştir. Bütün ülke vatandaşları eşittir. Sivil ve askeri görevler sadece bu eşitlik dâhilinde ülke vatandaşlarına tanınır. Yabancılar istisnai durumlar dışında bu görevler tevdi edilemez.<sup>26</sup>

### 1. Siyasi ve Medeni Haklarda Eşitlik

Bu başlık altında belirtilen haklar siyasi iktidarlar açısından hayati öneme sahiptir. Çünkü temel hak ve özgürlükler ve kazanımları için siyasi iktidar bir teminat işlevi görmektedir. Bireylerin bu haklarını yerinde ve düzgün kullanmaları iktidarların keyfi davranışlarını engelleyecektir. Tersine bir durumda yani vatandaşların bu haklarını kaybetmesi kazanılmış diğer özgürlüklerini de etkileyecektir. Aynı zamanda bu haklar anayasamızda toplumsal yaşama katılma hakları olarak da bilinmektedir.<sup>27</sup>

Medeni haklardan yararlanma ve temsil, doğal hukukun kullanılmasyla mümkün olabilmektedir.<sup>28</sup> Mülk edinme, sözleşme yapma, çalışma, öğrenim görme hakkı vb. haklar bu gruba girmekte ve doğal hukuk sayesinde kullanım alanı bulabilmektedir. Biraz daha açmak gerekirse; konut dokunulmazlığı, haberleşme gizliliği, seyahat ve yerleşme özgürlüğü gibi toplumsal hayatı düzenleyen bazı haklar ile bireysel özgürlükler olan; fi-

24 Emin **El Adaly**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Özeti, Randa Yayınevi, Ürdün 2001, s. 78.

25 Ahmet **Kılınç**, Kanun-i Esasi'nin İnsan Hakları Yönünden Analizi Kırıkkale Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 115-127.

26 **Eysmen**, Anayasal Haklar, Çev. Adil Zafer, Çağdaş Yayınları, Mısır 1987, s. 276.

27 **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 38.

28 **Eysmen**, s. 278.

kir, inanç, düşünceyi ifade ve toplanma özgürlüğü medeni hakların içeriğinde vücut bulur.<sup>29</sup> Aynı zamanda bu hakları sınırlarını siyasi hakların çizdiğini söylemek kanımca doğru bir tespit olacaktır.

Bireysel hakların savunulduğu ve korunduğu pek çok noktada medeni hukuk için eşitlik vurgusuna pek çok anayasada rastlanılmaktadır. Örneğin 1925 Irak Anayasası'nın medeni haklar için 7, 12 ve 13'üncü maddelerinde kişi özgürlüğü, görüş açıklama ve eşitlik ilkeleri bakımından vurgu yapıldığı görülür ki ancak bu şeklide bütün vatandaşlarına inanç ve ibadet özgürlüğü tesis edilmiş olacaktır.

1946 yılında çıkartılan seçim<sup>30</sup> (11 numaralı) kanununda kadınların seçme hakkından men edildiği görülmektedir. Hatta kadınların millet meclisine aday olma hakları elinden alınmıştır.<sup>31</sup> Aslında demokrasi bakımından endişe verici durum, 1925 Irak Anayasası'nın 30 ve 42'nci maddelerine aykırı olarak kadınların siyasal haklardan mahrum edilmeleridir. Bu durum Arap demokrasisi için kaygı verici ve eleştirilmesi gereken bir durum olarak görülmemektedir.

## 2. Ödev ve Mükellefiyetlerde Eşitlik

Vatandaşların ödev ve mükellefiyetlerinden söz edildiği zaman bireyin kamu adına sorumlu olduğu ödev ve mükellefiyeti anlaşılmalıdır. Bunların en başında gelenler de vergi ve askerlik görevlerinin yerine getirilmesidir. Bunlara kısaca göz atmak gerekirse;

### a. Vergi Ödemede Eşitlik

Vergi denildiğinde devletin vermiş olduğu hizmetler karşılığında bireyin ödediği nakdi para gelmektedir. Devlet bu yükümlülüğü, bireyin gelirinden ve mallarından bir bölümünü kanunun öngördüğü şekilde tahsil eder.<sup>32</sup> Kişiler devlete vergi öderken herhangi bir hizmet satın almaz. Çünkü devlet egemen güç, mutlak otorite olarak karşımıza çıkar.

<sup>29</sup> Ahmet Reslan **Enver**, Bireysel Fikir ile Sosyalist Fikir Arasında Demokrasi, Arap Kalkınma Evi Yayınları, Mısır 1971, s. 35.

<sup>30</sup> 11 nolu ve 27 Mayıs 1946 tarihli Seçim Kanunu 1952 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>31</sup> **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 39.

<sup>32</sup> Mahmut Zeki **Salim**, Gelirler Üzerindeki Genel Vergiler İçin Kanuni Statüler, Kanuni ve Anayasal İlkelerin Şerhi, Dar-ül Fikr-ül Arabi, Mısır 1954, s. 3.



Ancak bazı durumlarda “*rüsüm*” yani maldan alınan vergiler bulunmaktadır. Kişi devletten aldığı hizmet karşılığında bu vergiyi ödemek zorundadır. Burada alınan ya da ödenen vergilerin temel iki kaynağından bahsedilebilir. Vergiler için “*kanunilik*” ve “*eşitlik*” prensipleri.<sup>33</sup> Vergide eşitlikten anlaşılması gereken herkesin ödeme gücüne göre vergi ödemesidir.<sup>34</sup> Ancak bu şekilde vergi ödeme eşitliğinden bahsedebiliriz. Çünkü ödeme gücüne göre vergi mükellefleri arasında mutlak bir ayırım ve gruplama yapmak gerekmektedir.<sup>35</sup> Bana göre Irak’ta vergi kanunları dikkate alındığında bu eşitlik ilkesine oldukça mesafeli durulduğu görülmektedir.

Ancak 1925 Irak Anayasası’nın, 1982 Anayasası’nın 73’üncü maddesinde konu edilen mali güce göre vergi ödeme yükümlülüğüne yakın bir çizgide durduğu görülür.<sup>36</sup> Dolayısıyla Türkiye’nin de vergi kanunları açısından Irak’tan çok da üstün bir konumda olmadığı yargısı ortaya çıkmaktadır.

### **b. Zirai Gelirler**

Zirai emlak 1923 yılında çıkartılan gelir kanununun bir istisnası olarak vergi dışında bırakılmıştır. Aslında zirai faaliyetler sonucu elde edilen gelirlerin vergiden muaf bırakılması vergi toplama bakımından ülke zararına yol açmaktadır. Tam tersi olarak da toprak ağalarının (feodallerin) çıkarına görülmektedir.<sup>37</sup>

Ancak 1956 yılında baskılar sonucu zirai arazilerin kira oranlarına az da olsa vergi yükü getirilmiştir.<sup>38</sup> Rüsüm vergisinin devletin vermiş olduğu bazı hizmetler karşılığında mükelleflerden tahsil edildiğini yukarıda belirtmiş idik. İdarelerin dolaylı vergi ve rüsüm vergilerini tarım alanında

<sup>33</sup> **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 42.

<sup>34</sup> Burada söz, sadece eşitlik görüşü üzerine olacak, ama vergilerin kanuniliği ise başka bir yerde bahsedilecektir.

<sup>35</sup> Abd-ül Kerim Sadi **Berekat**, Vergi Sistemleri, Teori ve Uygulama, Mekavi Kitaplığı Tevziati, Beyrut 1977, s. 38.

<sup>36</sup> Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa 2021, s. 87.

<sup>37</sup> Vahap **Coşkun**, İnsan Hakları Liberal Açından Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara 2009, s. 52.

<sup>38</sup> 12. madde, “vergi; mükellefin üzerine, her sene için takdiri olarak, gelen mikyasa göre mecburi kılınır: ... 2- Mukim olanın .... den olan gelirinden arazi kirası bedellerinden %10.

yapılan hizmetlere aktarması (su temini, barajla kurma ve içme suyu temizleme, depolama vb...) daha çok tarımsal faaliyetten geçinen toprak sahiplerine yönelik hizmetler olarak ortaya çıkmıştır.<sup>39</sup> Fakat bu denli büyük tarım arazileri ile mücadele ve toprakla uğraşan kalabalık nüfus (feodal direniş) Irak hükümetinin başarısını engellemiştir.<sup>40</sup> Irak hükümetlerinin vergi toplama konusunda yaptığı hatalar özellikle zenginlere tanınan vergi ayrıcalıkları başarısızlığın temel nedenleri arasında bulunmaktadır.<sup>41</sup>

### c. Askerlik Görevinde Eşitlik

1934 yılı 19 sayılı Milli Savunma Kanunu ile parası olanın (30 Dinar) bedel karşılığı bu hizmetten muaf tutulacağını belirtilmiştir.<sup>42</sup> Dolayısıyla görüntüde bir eşitlik mevcuttur. Aslen askerlik görevinde de diğer görevlerde olduğu gibi eşitlik mali güç tarafından bozulmaktadır. Vatandaşın gelir durumları dikkate alındığında askerlik için ödenen bu bedelin ne kadar önemli olduğu ve pek çok kişi tarafından karşılanamayacak bir bedel olduğu aşikârdır.<sup>43</sup> Nitekim ilerleyen yıllarda kanunla bu miktar 40 dinara kadar çıkartılmıştır.

39 Hikmet Abdülkerim **El Haris**, Vergi Siyaseti ve Irak'ta Vergi Sistemi, Dar Vehvelan Basın ve Yazı Aletleri, El-Kahire Mısır 1973, s. 59.

40 Hüseyin **Cemil**, Arap Ülkelerinde İnsan Hakları, Arap Birliği Çalışmaları, Maarif Yayınevi, Beyrut 1996, s. 48.

41 Kazım Habib Mukerem **El Talebani**, Tarım Reformu ve Anlaşması Hakkında Görüşler, Mektebet Yayınevi, Bağdat 1971, s. 231.

42 Suphi **Mahmasani**, İnsan hakları Erkânı, İslam Şeriati ve Çağdaş Kanunlar Arasında Mukayeseli Bir Araştırma, 1. Baskı, Darül Meleyin Yayınları, Lübnan Beyrut 1979, s. 297.

43 O dönemde geçim seviyesinin düştüğüne dair kanıtlar şu şekilde sıralanabilir; maaş ve ücret seviyelerinde gözlenen düşüş buna örnek olarak ilköğretim mezunlarının ilk kez aylık sekiz dinar fazlasında atanmasının caiz olmamasıdır. Fakat orta öğretim veya ona denk olan okul mezunlarının aylık on iki dinardan fazla maaş ile atanmalarının caiz bulunmaması şeklindedir. Hal böyle iken dört yıllık fakülte mezunlarının maaşları ise 21 dinar üzerinde atanmaları caiz olmamaktadır. (1939 Tarihli ve 64 Sayılı Medeni Hizmet Kanunu'nun 7. maddesi).

#### d. Kamu Görevi Almada Eşitlik

1925 Irak Anayasası'nın 18'inci maddesinde kamu görevi almada eşitlik ilkesine şu şekilde yer verilmiştir. “*Irak vatandaşlarının tamamı medeni ve siyasi haklardan yararlanma konusunda eşittirler*” hükmü vardır.<sup>44</sup> Ayrıca sivil ve askeri görevlerde sadece Irak vatandaşlarının yer alabileceği belirtilmiştir. Bu eşitlikte etnik köken, dil, din vb. ayırım aranmaz. Sadece yaş, cinsiyet, eğitim ve liyakat gibi ayrımların yapılabileceği belirtilmiştir.<sup>45</sup>

Diğer taraftan herkesin eşit şekilde bu haklardan yararlanmasını sağlamanın yegâne yolu eğitimden geçmektedir. Görev için en uygun personeli bulma eğitimden ve ihtiyaç duyulan personelin yarışma yoluyla seçilmesinden geçmektedir.<sup>46</sup> Çünkü ancak bu şekilde kamu görevinde eşit işe alımlar sağlanabilmektedir. 1939 yılında kamu görevine alınacak memurların sınavdan geçirilme zorunluluğu getirilmiş ancak ilerleyen yıllarda yüksekokul mezunu ve meslek diploması olanlar, sınavsız kamu hizmetine alınmışlardır. 1940 yılında memurların liyakat üzerine seçilmeleri için bir tüzük çıkartılmış ve uygulamaya konulmuştur.<sup>47</sup>

#### 3. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

1982 Anayasası'nın 19'uncu maddesinde “*herkes kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahiptir*” ifadesi yer almaktadır.<sup>48</sup> Dolayısı anayasamızda yer alan bu ifade aynı zamanda kişilerin onur ve haysiyetini muhafaza edebilmesini sağlamaktadır. Başka bir ifade ile başkalarının tecavüzünden kişileri korumaktadır.

1925 Irak Anayasası da aynı şekilde 7'nci maddesi ile kişi özgürlüğü ve güvenliğini hedeflemiş ve bu şekilde kişinin her türlü tecavüz ve baskıdan korunması öngörülmüştür. Bu madde ile kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendiren pek çok sıkıntı için çözüm yolu bulunmuştur. Tabii ki

44 Mehmet Semih **Gemalmaz**, Birleşmiş Milletler, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 420.

45 İzdihar **Abdülkerim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlükler, Doktora Tezi, Bağdat Üniversitesi SBE, 1983, s. 88.

46 Levran **Bilan**, Genel Görevler, Çev. Abde Antuva, 1. Baskı, Uveydat Yayınları, Beyrut Lübnan 1973, s. 49.

47 **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 45.

48 **Gözler**, s. 175.

1925 Irak Anayasası'nın özellikle 7'nci maddesini destekleyecek bazı ilkeleri de incelemek gerekmektedir. Mesela “*ilkesiz ve kanunsuz suç ve ceza olmaz*”, “*sanık, suçu ispatlanmadan masumdur*” veya “*cinayetle ilgili kanunlar geçmişe yürümez*” vb. ilkeleri de incelemek gerekmektedir. Yine bu durumlara destek olarak kişilerin kanunsuz şekilde yakalanması, takibi, yaşadığı yeri zor kullanarak değiştirmesi veya tutuklanması, zorla askerlik hizmetine alınması, işkence görmesi ve sürgüne gönderilmesi yasaklanmıştır.<sup>49</sup> Bu anlamda sadece anayasalarda yer alan kanun maddelerinin yanında genel ilkelerin incelenmesi kanımca önemli katkılar sağlamaktadır.

### a. Yaşama Hakkı ve Vücut Dokunulmazlığı

Yaşama hakkı, gerek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gerek Fransız İnsan Hakları Bildirisi ve gerekse Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde genel anılma şekliyle insanların sahip olduğu en temel hak olarak görülür, yani, insan hayatı yasaların güvencesi altında bulunmaktadır.<sup>50</sup> Dolayısıyla evrensel değerlere sahip en temel ve önemli insani hak olduğunu söylemek bir hakkın teslimi olacaktır.<sup>51</sup>

Yaşama hakkının tek ihlal şekli yaşamın son bulmasıyla gerçekleşmektedir. Ancak kamusal güç dolayısıyla ya da şiddet kullanımı, işkence ve kötü muamele maalesef kişi dokunulmazlığına zarar vermektedir. Aynı zamanda yaşam hakkı kamusal güç (otorite) tarafından korunmayı da gerektirmektedir.<sup>52</sup>

1925 Irak Anayasası'nın özü iki madde ile gösterilebilir. Bunlar 7'nci maddesinde bahsedilen “*yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı*” bir diğeri ise “*seyahat ve yerleşme özgürlüğü*” olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanlar için doğal haklardan sayılan yaşam hakkı ilk İngiliz yasası olan “*Habeas Corpus Act.*” (1679) ile güvenlik hakkı olarak sayılmıştır.<sup>53</sup>

49 **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 46-47.

50 **Tezcan ve diğerleri**, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 89.

51 **İbrahim**, İnsan Hakları Teorisi Uyarınca Eski ve Yeni Ahitte Düzenlenen Ortak Haklar, s. 43-45

52 **İbrahim Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 272.

53 **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 48.

Özetlemek gerekirse, kanımca, temel haklar ve özgürlükler alanında toplumların ortak ideali doğal hakların korunması olmalıdır.

### **b. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü**

1982 Anayasası'nın 23'üncü maddesi, yerleşme ve seyahat özgürlüğünün esasını genel olarak kamusal mal oluşturmak ve suç işleme oranlarını düşürmek olarak değerlendirmektedir.<sup>54</sup>

Irak Anayasası'nın 7'nci maddesi de hareket ve seyahat özgürlüğü konusunda vatandaşlarına hem kolaylık sağlamak hem de garanti vermektedir.<sup>55</sup> Yerleşme ve seyahat özgürlüğü, 1925 Irak Anayasası'na göre yaşam hakkını tamamlayan haklar arasında görülmektedir. Aynı zamanda bu haklar, kişileri, kayıt altına almayı ve birtakım şartlara bağlı kalmayı gerektirmemektedir.

### **4. Konut Dokunulmazlığı**

Irak Anayasası'nda konutların koruma altına alınması çok önem arz etmektedir. Nitekim anayasanın 8'inci maddesi ile bu hüküm düzenlenmektedir. Konut içinde suç şüphesi ile arama yapılabilmesi sadece kanunla belirlenmiş yöntemler ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle gerekli olmadıkça konut içine kanun tarafından verilen bir izin olmadan girilememektedir. Bağdadi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu (66'ncı madde) herhangi bir teftiş için izin şartı gerektirmektedir.<sup>56</sup> Benzer şekilde 1982 Anayasası ile bir karşılaştırma yaparsak aynı durumu farklı kelime-

<sup>54</sup> Gözler, s. 178.

<sup>55</sup> Hüseyin Cemil, Temel Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, s. 82.

<sup>56</sup> Ev mahremiyeti konusunun Irak vatandaşlarından çok yabancı insanların ev mahremiyetini kapsadığına dikkat edilmelidir. 1924 tarihli Irak ve İngiltere arasında imzaları atılan Adliye Anlaşması'nın 2. maddesi ve 7. bendine göre: (... İngiliz yönetimi altında bulunan Bağdat, Basra gibi bölgelerde bulunan İngiliz hükümdarının izni olmadan herhangi bir yönetim veya yargı mensubu olan kimsenin yabancıların ikamet ettiği hanelere giremez. İngiliz hükümdarının olmadığı alanlarda ise polis yasal izni bulunmasına rağmen yabancıların evlerine giremez ve oraya en yakın olan İngiliz hükümdarının iznini almak zorundadır...) şeklinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen konu ile ilgili Hober; yapılan bu istisna Irak'ta ayrıcalıklı sistemi uygulayamama sonucunu ortaya çıkarmıştır. (Yabancı vatandaşlar Osmanlı idarecilerinin yaptığı tutuklamalara karşı birtakım dokunulmazlıklara sahip olup Osmanlı mahkemelerinin uzmanlık alanına ait olaylarda istisna edilebilirlerdi) yorumunu yapmıştır.

lerle anlatma imkânı buluruz. Suç işlenmesini önlemek veya suç unsurlarını ortadan kaldırmak için bir kişinin konutuna girilmesi ancak mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilir.<sup>57</sup>

Sonuç olarak milli güvenlik ve kamu yararı gibi özel durumlar haricinde konut dokunulmazlığına müdahale ve kişinin eşyalarına el konulması ancak hâkim izni yani, yasalar ile mümkün olabilmektedir.

## 5. Mülkiyet Hakkı

1925 Irak Anayasası'nda mülkiyet hakkı birbiriyle illiyet bağı olan üç hukuk dalının birleşerek harmanlanmasından meydana gelmiştir. Yasanın 10'uncu maddesi genel hatları ile kanun dışında kimsenin mülküne el konulamayacağına hüküm vermektedir.<sup>58</sup> Bu konuya daha detaylı göz atarsak; Mülkiyet Hakkının Korunması, Zorunlu Borçlandırılma, Mal, Gayrimenkul ve Müsadere Yasağı, Angarya, Menkul ve Gayrimenkul Mallara Genel Olarak El Koyma Yasaklığı başlıkları altında incelemek gerekir.

### a. Mülkiyet Hakkının Korunması

20'nci asrın başında Irak'ta feodal ve İngiliz hâkimiyetinde sosyal ve ekonomik bir toplumsal yapı görülmektedir.<sup>59</sup> Dolayısıyla ekonomik ve sosyal yapı içinde ticari menfaatleri bu yapıdan beslenen ticaret erbaplarını barındırmaktadır. Zira bu karmaşık yapı içinde mülkiyet hakkının korunması kritik bir önem taşımakta idi. Bu minvalde o dönemdeki Irak Anayasası'na göre, kamu yararı ve tazminat karşılığında kişilerin mallarının

<sup>57</sup> Gözler, s. 177.

<sup>58</sup> 1943 yılı 10. maddede geçen mülk kelimesine mal kelimesi ilave edilerek değişiklik yapılmıştır. Gerekçe olarak mal kelimesinin mülk kelimesine göre çok daha geniş anlamlar taşıdığı ifade edilmiştir. Mal kelimesinin eklenmesiyle Mülk Edinme Hukukunun korunmasının sağlandığı düşünülür. hâkim olmuştur.

<sup>59</sup> Derebeyiler toprakların büyük bir kısmını ele geçirmişlerdir. Toprak sahiplerinin %2'si tarıma elverişli olan arazilerin %68'ine sahip, toprak sahiplerinin %92'si ise toplam tarım arazilerinin sadece %32'sine sahiptir. Abdulvehhap Matar **El Dahiri**, Tarım Reformu Ekonomisi, Al Ani Matbaası, Bağdat 1970; Abdülrezzak **El Higagi**, Arap Ülkelerindeki Toprak ve Tarımsal Reformun Hikâyesi, 1. Baskı, Dar Al Keşşaf Yayınevi, 1967, s. 415; Mukrem **El Talibani**, Irak'ta Tarımın Köklü Reformu, Al Ahliye Basım Şirketi, Bağdat 1969, s. 19.

bedeli ödenerek (istimlak) mülkiyet hakkının korunması hükmünü getirmiştir.<sup>60</sup> Çıkarılan “*Taşınmaz Malları İstimlâk Kanunu*” (1934) ile kamu yararı altında kişilere piyasa değeri üzerinden maddi karşılık ödenmesi değerlidir. Ancak, bana göre üçüncü şahısların yasanın bu yönünü kullanarak menfaat (iktidar eliyle...) kovalamaları haksızlık olarak değerlendirilmelidir.

### **b. Zorunlu Borçlandırma, Mal, Gayrimenkul ve Müsadere Yasağı**

Zorunlu borçlandırma her ne kadar özel mülke tecavüz olarak görülse de kimilerine göre sermaye üzerine konulan vergi olarak değerlendirilmiştir. Pek çok devletin mali kriz dönemlerini atlattık için kullanmış olduğu bir yöntemdir. Malı üzerinde borçlanmaya giden kimseler borçlanma senedi satın almak zorundadır.<sup>61</sup> Kanımca yapılan işlemlerin hukuksal olmasının yanında “*zorunlu borçlanma*” tabiri yine hukuk içinde bir çelişki yaratmaktadır. Çünkü mallara, gayrimenkullere (taşınmazlar) ve yasaklı mallara el konulması (icra yoluyla haczedilmesi) kanun yoluyla ve ancak sadece devlet tarafından (sürekli veya kısa süreli) yapılabilmektedir.<sup>62</sup> Sonuç olarak el değiştiren bu malların son kullanıcısı devlet olmaktadır.

### **c. Angarya, Menkul ve Gayrimenkul Mallara Genel Olarak El Koyma Yasaklığı**

İnsanları bedelsiz çalıştırmanın hukuktaki karşılığı angaryadır. Irak Anayasası’na bu tanımın 2005 tarihinde girdiği görülmektedir. Devlet mücbir sebeplerle vatandaşlarını karşılıksız çalıştırabilir. Ancak yine de bu durumun sınırları kanunla belirtilmektedir. Hiç kimse ücretsiz çalıştırılmaya zorlanamaz. Bu durumun istisnası olarak 1923 Irak Anayasası’nın 14’üncü maddesi 1925’te yeniden düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; koruma ve sulama işlerine önem verilmesi, su ve akarsu yataklarında yapılacak temizleme, tamirat işleri için faydalananların ücretsiz çalıştırılabileceği hükmü yer almaktadır. Ücret ödenmesi icap ediyorsa da yerel adetler

<sup>60</sup> Konstantin **Katzarof**, Kamulaştırma Teorisi, Çev. Abbas Al Sarraf, Bağdat Al Ani Matbaası, Bağdat 1972, s. 300.

<sup>61</sup> 1925 Irak Asıl (Esas) Anayasası.

<sup>62</sup> Bedriyya **El İvadi**, Temel Haklar ve Kuveyt Anayasası, Haliç Yayınevi, Kuveyt 1985, s. 132.

dikkate alınarak ücret ödenmesi hükme bağlanmıştır. Bu miktar ise somurlu mühendis tarafından takdir edilmektedir.<sup>63</sup> Bu durum Irak Anayasası'nın 10'uncu maddesine aykırı iken anayasanın 14'üncü maddesinin sınırlı da olsa ücretsiz çalıştırmaya onay vermesi çelişki olarak görülmektedir. Ancak uzun bir süre uygulandıktan sonra 1945 yılında değiştirilerek uygulaması sona erdirilmiştir. Diğer taraftan Bağdat Ceza Kanunu'nun 119'uncu maddesinde “*kamu görevlilerinin angarya adam çalıştırmasına üç yıl hapis cezası verilir*” hükmü bulunmaktadır.<sup>64</sup> Sonuç olarak bu madde ile Irak Anayasası'nda belirtilmiş olan ücretsiz çalışma hükmünün kesin şekilde desteklendiği görülmektedir.

Menkul ve gayrimenkul mallara genel olarak el konulması ise, bireylere ait menkul ya da gayrimenkul (taşınır ya da taşınmazlar) el koymak netice itibari ile suç olarak algılansa bile devlet tarafından kanunla uygulanmaktadır. Özel mülkiyet olduğu için hukuksal açıdan bu uygulama anayasa tarafından iptal edilmiştir.

## 6. Düşünce ve Kanaat Özgürlüğü

1982 Anayasası'na göre, kimsenin düşüncesinden ya da kanaatlerinden dolayı suçlanamayacağı, kınanamayacağı açık şekilde belirtilmektedir.<sup>65</sup> Bu bağlamda bütün vatandaşların net şekilde bu düşüncelerini açıklama hürriyeti bulunmaktadır. Diğer taraftan düşünce ve kanaat özgürlüğü aslında kişilerin kendilerini uygun bir dil ile yani kişiyi toplumdan ayırtmadan ifade şekli olarak tarif edilebilir.<sup>66</sup>

Din, vicdan, ibadet özgürlüğü, öğrenim ve öğretim hakkı, düşünce ve yayınlama ile ilgili özgürlükler bu kategoride yer almaktadır. 1925 Irak Anayasası'nın 13'üncü maddesinde devletin resmi dini İslam olarak belirtilmiş ve çok mezhepli Irak toplumunun dini görevlerini özgür şekilde yerine getirebilmeleri sağlanmıştır. Irak devleti genel toplum yapısına mu-

<sup>63</sup> Raad El Cedde, Irak Anayasalarında Yargılamalar, Hikmet Yayınevi, Bağdat 1998, s. 43.

<sup>64</sup> Raad El Cedde, Irak Anayasalarında Temel Teoriler ve Iraktaki Anayasa Sistemleri, Rabıta Yayınevi, Bağdat 1990, s. 46.

<sup>65</sup> Gözler, s. 179.

<sup>66</sup> Hasan Muhlim, “Temel Özgürlük Teorisinde Çalışmalar”, Cezayir Üniversitesi İdari ve Hâkimlik Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 13, 1998, s. 92.



halefet etmeden kişilerin bu özgürlükten yararlanmasını garanti altına almıştır. Aynı şekilde 1922 Irak Anayasası'nda da aynı şekilde dini vecibelerin yerine getirileceği konusunun desteklendiği görülmektedir.

Farklı dinlere mensup olan Irak halkının inandıkları dinleri yaşayabilmeleri anayasanın 6'ncı maddesi ile garanti altına alınmıştır. Aynı Irak Anayasası 16'ncı madde ile vatandaşlarına kendi dilleri ile okul açma ve eğitim görme hakkını da tanımaktadır.<sup>67</sup> 1982 Anayasası'na baktığımızda din, vicdan ve kanaat özgürlüğüne 24'üncü madde içinde yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan din özgürlüğünün serbestliğinden bahsederken aslında ibadet özgürlüğünün kısıtlandığını söylemek mümkündür.<sup>68</sup>

Kişinin toplumdan yaşam için genel bilgileri öğrenmesine eğitim, devlet tarafından örgütlenmiş eğitim kurumlarından alınan eğitime ise öğrenim denildiği bilinmektedir. Diğer yandan eğitim, bireylerin sosyal, kültürel veya entelektüel şekilde yetiştirilmesi olarak da tanımlanır. 82 Anayasası'nın 42'nci maddesine göre eğitim zorunludur ve kimse bu hakından mahrum edilemez denilmektedir.<sup>69</sup>

Öğrenim özgürlüğü 1925 Irak Anayasası'nda 16'ncı maddesinde; Irak ülkesinde bulunan farklı ırkların, kendi ırklarına mensup bireyleri eğitebilmek için kendi dillerinde eğitim veren okullar kurma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.<sup>70</sup> Bir eleştiri olarak her topluluğun (taife) yani kavmin kendi dillerinde eğitim verecek okullar açması eğitim sistemi içinde çeşitlilik sağlarken toplum hayatı bakımından bölünmelere neden olacaktır. Çünkü toplumun bütün kesimlerinin eşit ve aynı eğitiminden bahsetmek zor olacaktır. Bu bakımdan kanunun yapılışı bakımından burada bir eksiklikten ya da bozulmadan bahsedebiliriz.

Benzer şekilde bir karşılaştırma yapmak gerekirse 1920 Suriye Anayasası bu özgürlükleri üç madde ile ele almıştır. (20, 21 ve 23'üncü maddesinde) resmi ve özel okullarda eğitim, bir ve ücretsiz olmalıdır. Bu bakımdan özel okul açmak serbest bırakılarak eğitim birliğinin sağlanması

<sup>67</sup> Raad **El Cedde**, Irak Anayasalarında Çalışmalar, Hayrat Yayınevi, Bağdat 2001, s. 57.

<sup>68</sup> **Gözler**, s. 178.

<sup>69</sup> **İbrahim**, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 58.

<sup>70</sup> Abdülaziz **Serhan**, Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Giriş, İslam ve Arap Anayasalarında Karşılaştırmalar, Zeynel Hukukiye Yayınları, 1. Baskı, Kuveyt 2011, s. 162.

amaçlanmıştır. Aynı şekilde Mısır Anayasası'nda (17, 18 ve 19. maddelerinde) aynı uygulamayı görmek mümkündür.<sup>71</sup> Bu iki Arap ülkesinde genel olarak eğitim birliğinin korunduğunu ve eğitimin ücretsiz olduğu görülmektedir.

Aslında Osmanlı himayesinde bulunduğu dönemlerde Irak'taki toplumsal yapı ve eğitim durumu Mısır, Lübnan ve Suriye'nin oldukça gerisinde bulunmaktaydı.<sup>72</sup> Bu bakımdan eğitim ve öğretim hayatının düzeltilmesi için özellikle 1925 Irak Anayasası'nda önemli çalışmaların yapıldığı görülmektedir.

Irak halkının görüş belirtme ve yayınlama özgürlüğü Irak Anayasası'nda 12'nci maddede ele alınmaktadır.<sup>73</sup> Dolayısıyla insanların istedikleri siyasi, sosyal ve kültürel görüşlerini ifade edebilme hakları ortaya çıkmıştır.<sup>74</sup> 1925 Irak Anayasası'nda esas itibarıyla özgürlüğü tam anlamıyla düzenleyecek özel bir kanun olmadığı gibi sadece özgürlüğü kullanma ile ilgili bir kanunun olduğunu söylemek kanaatimce daha doğru olacaktır. Dolayısıyla insanların düşünce ve özgürlük talepleri sınırlı ve kısır bir alan içine hapsedilmiş olduğunu söylemek gerekir. Çünkü düşünce ve özgürlükler sistem ve yöneticilerin isteklerine uyduğu sürece özgür kılınmaktadır.

Görüş belirtme özgürlüğünü yakından ilgilendiren zararlı reklamların yasaklanması 1924 tarihli yasayla mümkün olmuştur. Bu konuyla ilgili ne kadar basım organı varsa İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılmıştır. 1932 yılında 96 sayılı Kanun, 1933 yılında 25 sayılı Kanunla iptal edilirken yerini 1938 yılında 20 sayılı Kanuna bırakmıştır. Bu kanuna göre; devlete, halka ve yöneticilere düşmanlık, genel ülke güvenliğine yönelik yazılar vb. haller zararlı yayın kapsamında sayılmıştır.<sup>75</sup> Genel olarak bakıldığında herhangi bir eylemin gerçekleşmediği ve yasakların siyasi ve sosyal alanın bozulmasını engellemek amacıyla koyulduğunu söylemek mümkündür.

71 **El Cedde**, Irak Anayasalarında Temel Teoriler ve Iraktaki Anayasa Sistemleri, s. 49.

72 Tevfik Ali **Bero**, Osmanlı Anayasası Döneminde Arap ve Türkler, Müstekbel Yayınevi, El Kahira Mısır 1960, s. 18.

73 Edmon **Ribat**, Anayasaya Giriş, Babil Yayınevi, Bağdat 1991, s. 243.

74 **Cemil**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, s. 243.

75 **Cemil**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, s. 114.

## 7. Basın, Yayın Özgürlüğü ve Sınırları

Basın ve yayınlama özgürlüğünün birçok kez beraber kullanıldığını görülür. Herhangi bir sebebe birilerine bağlı olmadan ancak suç işlemeyen (kanuna uygun) ve yetkili bir merciden izin almadan yayın araçlarını kullanarak haberleri sunma ve görüş bildirme olayına basın özgürlüğü denilmektedir.<sup>76</sup> Irak Anayasası'nda basın ile ilgili ilk kanun 1931 yılında çıkarılan “*Matbuat Kanunu*” olarak bilinmektedir. Bu kanun yayın konusunda birçok sınırlama getirirken 2'nci maddesine göre yayın izin, İçişleri Bakanından alınmaktadır. Bazı durumlarda izin almak için müracaat edildiğinde bir miktar teminat yatırılması da istenebilmektedir.<sup>77</sup> Dolayısıyla bu kanunla (Madde 1, 14 ve 17 ile) gazeteler başta olmak üzere bütün yayın organlarının denetimi, uyarılması ve faaliyetlerinin durdurulmasıyla ilgili işlemlerin İçişleri Bakanlığı'na tevdi edildiği görülmektedir. 1932 yılında mevcut kanuna yeni eklenen 13'üncü maddenin fıkraları basın denetimini biraz daha sert hale getirmiştir. Ülkenin iç ve dış güvenliğini etkileyen konular, halk içinde kin ve nefret oluşturabilecek olaylar, komşu ülkelerle dostluk bağlarını ilgilendiren yayınlar, kamuoyuna zarar verecek yayınlar, toplumun genel ahlak yapısını bozacak yayınlar vb. alanlarda sert kısıtlamalar getirildiği görülür.<sup>78</sup> Neredeyse bu ek fıkra ile adeta susan ve konuşmayan bir toplum yapısı hedeflenmiştir. Ancak basın sansürü bunlarla sınırlı kalmamıştır. Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesi iptal edilmiş ve yerine daha sert içerikleri olan maddeler getirilmiştir. Bu maddeler ile yukarıda belirtilen uygunsuz basımlar için uyarı süreleri azaltılmış verilen kapatma cezaları bir yıla kadar çıkartılmış hatta tekrar durumunda yayıncı kuruluşların lisanslarının iptal edilmesi Bakanlar Kurulu'nun yetkisine bırakılmıştır.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Hüseyin **Cemil**, “Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareket”, Seda Al-Ahali Gazetesinde Yayınlanan Makale, C. 1, S. 11, 1952, s. 5.

<sup>77</sup> Bahsi geçen teminat: fakir yurttaşların bu hakkı kullanmasına engel olmaktadır. Nitekim söz konusu hakka zenginlerin sahip olduğu kadar fakir vatandaşların da sahip olması gerekmektedir. **Cemil**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği, s. 62.

<sup>78</sup> Bekir **El Kubali**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi”, Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, 1984, s. 34.

<sup>79</sup> **Abdülkerim**, s. 38.

1933 yılında eski kanunlar kaldırılmıştır. 57 sayılı yeni Matbuat Kanunu çıkartılarak bir bakıma basın özgürlüğü konusunda yumuşama meydana gelmiştir. Ancak yayın durdurma süreleri on güne kadar indirilmiş olsa da lisans iptalinin kaldırılmadığı görülür.<sup>80</sup>

1934 yılında 33 sayılı Kanunun basın özgürlüğü konusunda başka sınırlamalara sahne olduğu görülmektedir. Siyasi partilerin yayın organı olan gazetelere dokunulmazlık hakkı verilmiştir. Tabi bu yayın organlarının siyasi iktidarı mutlu etmesi (muhalif yayınların meşru olması) düşünülemezdi. Nitekim 1946 yılında çıkartılan kanunla siyasi partilerin yayın organları da denetlenmeye başlamıştır. Suç unsuru teşkil eden yayınlarla ilgili, mevcut zaman dilimi için değil ileriki sayılar için de yayın durdurma kararının verildiği görülmektedir.<sup>81</sup>

1935 yılında çıkartılan 18'inci yasa ile sıkıyönetim bütün denetlemeleri ele almıştır. Böylece basın yayın özgürlüğündeki denetim ve kontrol askeri kuvvetlerin eline verilmiş oldu. 1940 yılında çıkartılan 56 sayılı yasa tasarısı maalesef basın tasarısını derinden etkileyen (aslında baltalayan desek yanlış olmaz...) yeni maddelere sahne olmuştur. Sonuçta bu düzenleme genel güvenlik ve devletin selameti adı altında yapılmakta idi.<sup>82</sup> Genel (güvenlik) ifadesi buradaki anahtar kelime olarak dikkat çekmektedir. Çünkü artık sadece gazeteler değil ülkedeki bütün yayın araçlarının (matbuat, resim, gazete, dergi, fotoğraf vb.) denetimi sivil makamlar dışında resmi yani kolluk kuvvetlerinin denetimine verilmiştir. Bunlar için de 1924 yılında zararlı reklam ve yayınlar adı altında kanunla ülkeye sokulmaları yasaklanmıştır. Her türlü zararlı içerik taşıyan yabancı ve Arap yayınının ülkeye girişi durdurulmuştur.<sup>83</sup> Bu şekilde sadece ülke içinde değil aynı zamanda ülke dışından girecek zararlı yayınlarında engellenmesi düşünülmüştür.

80 Yukarıda bahsedilen madde 1934 yılı 33 sayılı Kanun dâhilinde tekrar düzenlenmiş ve süre 30 gün olarak belirlenmiştir. (değiştirilen m. 3).

81 **Cemil**, Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareket, s. 48.

82 1949 yılında Irak Gazetelerine Askeri Kuvvet Komutanı talimatıyla çok kuvvetli bir darbe indirilmiştir. 1935 Yılı'nın Örfi idarenin 13. maddesine dayanarak birçok Irak Gazetesinin imtiyazını iptal ettirmek için emir vermiştir. Bunlardan, Ahali sesi, Lisan Al Hizbil-Vatani Al Dimukrati, Al Şebap vel-Mustakbal (Al Hizb gazetesi – Musul), Al Ahrar Sesi, Lisan Hizb Al Ahrar vs.

83 **Cemil**, Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareket, s. 5.

Yayıncılıkla ilgili cezalar Bağdat Ceza Yasası'na kadar sirayet etmiştir. Bu yasa kapsamında toplum huzurunu bozan, ülke menfaatlerine aykırı her türlü yasak yayın çeşitli para ve hapis cezası ile karşılık bulmaktadır. Son tahlilde gazeteler için yapılan baskılar 1954 yılında 33 sayılı yasanın iptal edilerek yerine 24 sayılı Matbuat Kanunu'nun 41'inci maddesi ile zirveye çıkartılmıştır. Nitekim bu yasa eliyle kanunla daha önce çıkartılmış olan gazete ve dergiler de kapatılmıştır.<sup>84</sup> Daha önce belirtildiği şekliyle iptal kararlarının verilmesi ve uygulanması İçişleri Bakanlığı'nın kontrolüne bırakılmıştır.

### 8. Toplanma, Dernek ve Siyasi Parti Kurma Özgürlüğü

1925 Irak Anayasası'nın 12'nci maddesi Irak halkına; toplanma, dernek kurma ve derneklere üye olma hakkını tanımaktadır. Irak halkının toplanma özgürlüğü, Osmanlı'ya dayanan 1909 tarihlerine kadar (Osmanlı Umumi Toplantılar Kanunu) gitmektedir. Toplantı şartları 1925 Irak Anayasası'nın 1, 2 ve 3'üncü maddelerinde toplantı ile ilgili şartlar; yer, zaman ve kanuna uygunluğu açıklanmaktadır. Silahsız ve toplum huzurunu bozmayacak nitelikte olmalıdır. 8'inci ve 9'uncu maddelerde ise toplantıların engellenmesi, iptali ve ertelenmesi gibi durumlar yer almaktadır.<sup>85</sup> Çok net olamamakla beraber yine 1925 Anayasası'nın 12'nci maddesi toplanma hakkından ziyade gösteri hakkına yer vermektedir. Ancak ister silahlı olsun ister silahsız olsun her şekilde toplanma hakkına izin verme veya iptal etme yetkisi devlete ait makamlarda bulunmaktadır. Yetkililerin (idari memurlar) gözetiminde ve önceden izin almak koşulu ile toplumsal hayatı etkilemeden ve trafiğe mâni olmadan toplanılabilir denmiştir. Kanuna göre toplanmanın yasaklanabilmesi; rejime karşı olması, genel düzen ve yasaya aykırı haller ve düzenleyenlerin yarısından fazlasının toplanma

84 Yukarıda bahsedilen yasa tasarısının tarihleri ve krallık dönemine kadar geçen sürede gazetelere yapılan baskıların ayrıntıları için Bkz: Kays Abdülhüseyin **Al Yasiri**, İkinci Dünya Savaşı Sonu ile 14 Temmuz 1958 Devrimi Arasındaki Irak Gazeteleri ve Ulusal Hareket, Kültür ve Sanat Bakanlığı Yayınları, Bağdat 1978.

85 Bununla birlikte Irak'ta bulunan özel kuvvetler yasal koşulları taşımasına rağmen ve bahsedilen durumlardan birinin bulunmaması halinde bazı toplantıların yapılmasını yasaklamışlardır. Örneğin "Al Hizb al vatani al Demokrati ve Hizb Al cephe Al Şabiye 27 Ekim 1951 günü Bağdat sancağı mutasarrıfına İngiltere'nin rezilliklerini göstermek ve Mısırın ulusal hareketine destek vermek amacıyla toplantı yapmak istediklerini bildirmişlerdir. Fakat ertesi gün Bağdat sancağı idarecisi söz konusu toplantının genel güvenliği ve düzeni bozacağı endişesiyle umumi yapılan toplantıların yasaklandığı açıklamıştır. **Cemil**, Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareket, s. 50.

faaliyetine katılmaması gibi durumlar toplantının dağıtma sebebi olarak kabul edilmektedir. (Madde 19/a)

1945 yılında 25 sayılı toplantı ve gösteri yasasında yapılan yeni düzenlemeler durumu iyice zorlaştırmıştır.<sup>86</sup> Bu zorlaştırma ve engelleme durumu ortada sanki bir özgürlük varmış gibi var olan hakikatin üzerini örtememiştir.

Dernek kurma hakkı 1925 Irak Anayasası'nda çok dar kapsamda ifade imkânı bulan toplanma hakkına göre şaşırtıcı şekilde daha geniş bir alanda yer bulmuş ve kanunların belirlediği sınırlar içinde inisiyatifin Irak vatandaşlarına bırakıldığı görülür. 6 Şubat 1926 yılında çıkartılan yeni kanun 4'üncü maddesi izin merci olarak hükümeti işaret etmektedir. 6'ncı madde de ise alınacak izin için İçişleri Bakanlığı'na yapılacak müracaatın içeriğine (amacı, faaliyet alanları, kurucuları, merkezi, mali yapısı vs.) atıf yapılmaktadır.<sup>87</sup> Burada derneklerin kurulmasından (4'üncü ve 10'uncu madde) faaliyetlerinin sona ermesine kadar yetkili tek kurumun İçişleri Bakanlığı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Kanımca derneklerin kapatılmasıyla ilgili herhangi bir yargı kararının olmaması Irak toplum yapısında demokrasi kültürünün oluşmasını engellemektedir. Çünkü hak aramak için hukuki bir zemin olmadığı gibi müracaat edilebilecek somut bir kurumda bulunmamaktadır.

Derneklerle ilgili sıkıntılı bir diğer husus ise 1926 Dernekler Yasası'nın 26'ncı maddesidir. Çünkü bu yasa ile derneklerin sicillerini kontrol eden memurları atama yetkisi, İçişleri Bakanı'na verilmektedir. Kuruma değil de kurumu temsil eden kişilere bu yetkinin tanınması bir zihniyetin yansıması olarak görülmelidir. Çok şükür 1954 yılında 19 sayılı Kanun ile bu sıkıntılı yasalar kaldırılmıştır.<sup>88</sup> 1926 Dernekler Kanunu'nda

<sup>86</sup> İbrahim, Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi, s. 69.

<sup>87</sup> Herhangi bir kâr amacı gütmeksizin siyasi, ahlaki veya sosyal amacı veya hedefi gerçekleştiren gruplara dernek ismi verilir. **El Büstani**, s. 277.

<sup>88</sup> Bahsi geçen yasa tasarısıyla beraber aynı dönem içerisinde çıkarılan diğer yasa tasarılarıyla birey hukuku ve hürriyetleri apaçık şekilde ihlal edilmiştir. Sözü konusu tasarılarından biri 1938 tarihli 51 sayılı Bağdat Ceza Kanununa bağlı eki değiştirmiş olan 1954 yılı 16 sayılı tasarıdır. Söz konusu yasanın 1. maddesine eklenen yeni fıkrada: “doğrudan veya demokrat gençlik isimleri veyahut Barış Destekçileri gibi adlarla zikredilen mezheplerin gayeleri doğrultusunda hizmet veren heyet ve örgütlerin aracılığıyla olsun.” 1954 yılında çıkarılan kanunlar: vatandaşlık kanunu kapsamında ek 16 sayılı, 18 sayılı genel sendikalar tasarısı, 19 sayılı dernekler yasa tasarısı, 24 sayılı matbuat yasa tasarısı, 25 sayılı genel toplanma ve gösteri yasa tasarısı gibi tasarılarla

3'üncü maddenin a fıkrasında, derneklerin kurulmasının yasak olduğu durumlar belirtilmiş, 6'ncı maddenin b fıkrasında derneklerin kurulması ve 15'inci madde ile de kurulan derneklerin denetlenme ve kontrolüne dair bütün yetkinin İçişleri Bakanlığı'na verildiği belirtilmiştir. Derneklere üye olma hakkı bütün vatandaşların eşitlik ilkesi gereği tanınan bir hak iken, yasanın 5'inci maddesi gereği memurlar, müstahdemler ve öğrenciler bu haktan mahrum bırakılmıştır. Karşılaştırma yapmak gerekirse dernek kurma ve üye olma hakkı önceden izin almak ve kanunlara uygun olmak koşuluyla 1982 Anayasası'nda vatandaşlara tanınan bireysel özgürlüklerden birisidir.<sup>89</sup> Tabi bu hakkın yasalarla birtakım sınırlamalarının olduğunu belirtmek gerekmektedir.

1925 Irak ve 1982 Türk Anayasaları siyasi parti kurma özgürlüğü bakımından benzer özellikler göstermektedir.<sup>90</sup> Siyasi partilerde görev alma ve ayrılma ya da 18 yaşını doldurma vb. durumlar ortak noktaları olarak gösterilebilir. Irak Anayasası'na göre dernekler için geçerli olan kanunlar siyasi partiler içinde geçerli olmaktadır.<sup>91</sup> Irak'ta siyasi partilerin kurulması yönünde ilk açıklamanın 27 Aralık 1954 yılında İngilizlerin güdümünde Abdul-İlah tarafından yapılması siyasi partilerin kurulması yönünde ilk çalışmaların önünü açmıştır. Kanımca II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelen bu açıklama ve oluşum siyasi iklime uyan bir adım olarak görülmektedir. Diğer taraftan bu gelişmeyi filizlenen demokratik düşünceler ve içeride oluşan baskının bir sonucu olarak değerlendirmek mümkündür.

---

Bağdat anlaşmasını imzalayabilme adına yönetimin bir hayli sert ve şiddetli bir kampanya düzenlediğine rastlanmaktadır. Bu kampanyalar kamuoyunun büyük tepkisini toplamış ve yerel gazetelerin de hükümeti sert şekilde eleştirdiği gözlenmiştir. O dönemde; "Irak hükümetinin yaptıklarını korkunç şey olarak değerlendirmişler ve demokratik ilkeler karşısında tavır aldığı veya anayasayı çiğnemesinden dolayı değil de insanların en kutsal haklarından olan vatandaşlık hakkını ihlal ettiği" şeklinde değerlendirilmiştir. Al Ahali Sesi Gazetesi, 2.9.1954.

<sup>89</sup> Irak Devleti'nin 1925 Anayasası'nın 29. maddesi bu hakkı; "Hâkim kararı dâhilinde derneklerin kapatılabileceği şeklinde yorumlamıştır." Bkz: **Gözler**, s. 180-190.

<sup>90</sup> Irak Devleti'nin 1925 Anayasası'nın 29. Maddesi bu hakkı; "Hâkim kararı dâhilinde derneklerin kapatılabileceği şeklinde yorumlamıştır." Bkz: **Gözler**, s. 180-190.

<sup>91</sup> 1922 tarihli dernekler kanunu, 1954 yılında çıkarılan 19 sayılı yasa kanunuyla lağve edilmiştir. Söz konusu yasa tasarısı 1955 yılında çıkarılan 63 sayılı kanun ile birlikte iptal edilmiştir. Maddelerin büyük bir kısmı derneklerin kuruluşunu zorlaştıran ve İçişleri Bakanının yetki alanını arttıran önceki iki yasa tasarındaki hükümlerin aynı sayılmaktadır.

Ülke içinde siyasi akımlar harekete geçerek 5 siyasi parti faaliyete geçirilmiştir. Kurulan bu yeni partiler ilk başlarda sadece başkentte faaliyet göstermişlerdir. Kuruluşları, faaliyet izinleri ve denetimleri dernekler yasasında olduğu gibi İçişleri Bakanlığı'nın kontrolüne bırakılmıştır. İçişleri Bakanlığı'nın tam yetkili kılınması siyasi partiler bakımından ülkede inişli çıkışlı bir grafik meydana getirmiştir. Özgürlükler bakımından fazla bir kazanım getirmediği de bir gerçektir. İçişleri Bakanlığı 1926 Dernekler Kanunu'nu dayanak (4-10'uncu maddeler) göstererek pek çok siyasi partinin faaliyetine son vermiştir.<sup>92</sup> Bu durum ve tutum 1958 Irak Devrimi'ne farklı bahanelerle tekrarlandığı görülmektedir.<sup>93</sup>

### 9. Haberleşme Özgürlüğü ve Gizliliği

1925 Irak Anayasası'nın 25'inci maddesi haberleşme özgürlüğünün gizliliğine ve devlet tarafından güvence altına alındığı hükmüne yer vermektedir. Dolayısıyla bu özgürlüğün sınırlarının diğerleri gibi yasalarla çizildiği görülmektedir. Haberleşme özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü birbirleri ile sıkı bir ilişki içinde bulunmaktadır. Bu bakımdan düşünceyi açıklama gibi fikir beyan etme özgürlüğümüz varsa kanuna aykırı olmak kaydıyla düşüncelerimizi yayma hakkımız da olmalıdır.

1925 Irak Anayasası ve 1982 Anayasası yine bu noktada birbirine çok benzemektedir. 1982 Anayasası: "*Herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*" ifadelerine yer vermektedir.<sup>94</sup> Burada haberleşmeden bahsederken kastedilen telefon, telgraf veya posta yoluyla yapılan haberleşmedir. Dolayısıyla haberleşmenin gizliliğine ve serbestliğine nasıl vurgu yapıldığına dikkat edilmelidir. Yapılan yazışmaların hiçbir şekilde kanun izni olmadan üçüncü şahıslar tarafından gizliliği ifşa edilemez. Gönderilen postaların şüphe oluşturmaları durumlarında bile kanuna aykırı olmamak koşuluyla posta idaresi tarafından açılıp kontrol edilebilmektedir.<sup>95</sup> Görüldüğü gibi son kerteye kadar gizlilik esas alınmaktadır.

<sup>92</sup> Abdulrezzak El Hüsni, "Irak'ta Ulusal Cephe, Tarihi Kökleri ve Gelişmeleri", AL İrfan Dergisi, C. 59, S. 7, 1982, s. 182.

<sup>93</sup> Mulhim, s. 55.

<sup>94</sup> Gözler, s. 177.

<sup>95</sup> Abdülkerim, s. 54.



1925 Anayasası'nın 7'nci maddesi haberleşme özgürlüğünü gerçek anlamda koruma altına maalesef alamamıştır. Çünkü bu yasayla hem denetleme hem de engelleme yetkisi beraber kullanılabilmektedir. Hem olağan hem de olağanüstü hallerde bu yetkiler kralın yetki verdiği hâkim ve posta müdürleri tarafından kullanılmıştır.<sup>96</sup> 1920 yılında Telgraf Yönetmeliği (39 sayılı Denetleme Yönetmeliği) çıkartılmış ve bu sayede telgraf yoluyla haberleşmeler denetim altına alınmıştır.<sup>97</sup>

1930 yılında 6 sayılı Kanun ile bazı hallerde 12'nci maddesi dayanak yapılarak (2'nci fıkrası) 17 ve 18'inci maddeleri hükümlerine uygun gönderilen ancak şüpheli durum arz eden posta, gazete veya telifin; Posta İdaresi Müdürü, yetkili memur ve genel müdür tarafından açılabilceği ve kapatılabilceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 23'üncü maddeye göre postaya bakan memur, yine gönderilecek olan postayı kontrol edebilir kılfını inceleyebilir denilmektedir.<sup>98</sup> Ancak posta memurunun şüphe nedeniyle açmış olduğu paketin içinden kanuna uygunsuz şeylerin çıkmaması durumunda posta memurunun yapacağı izahat ne olacaktır? O zaman gizlilik nerede kalacaktır? Bunlar cevaplanmaya ihtiyaç duyulacak sorulardır. Bağdadi Ceza Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, görevli kamu personeli posta sorumluluğundaki gizli olan posta veya telgrafın ifşasına neden olursa ya da başkası için bunu kolaylaştırırsa üç yıldan fazla olmamak üzere hapis veya tazminat ile hatta daha ağır şekilde her ikisi ile de cezalandırılabilir. Ancak kanun dâhilindeki haller bu durumun istisnasıdır. Ayrıca posta kanununun 50'nci ve 51'inci maddelerinde posta idarelerinden çalışan memurların yaptığı hatalı veya bilinçli eylemler için yaptırımlar da yer almaktadır.<sup>99</sup> Zira ancak bu şekilde devlet, vatandaşının haberleşme özgürlüğünü ve gizliliğini mutlak otorite olarak kendi emri altında çalışanlara karşıda korumuş olacaktır.

1935 yılında çıkartılan 18 sayılı Posta Kanunu'nun 14'üncü maddesi sıkıyönetim durumlarında kuvvet komutanlarının yetkilerine atıf yaparken telefon, telgraf ve posta gönderilerini bu durumun istisnası olarak tutmuştur. 1940 yılında çıkartılan 56 sayılı Devletin ve Genel Güvelliğin Korunması Kararnamesi'nin 15'inci maddesi İçişleri Bakanı'nın her türlü denet-

<sup>96</sup> **El Cedde**, Irak Anayasalarında Temel Teoriler ve Iraktaki Anayasa Sistemleri, s. 55.

<sup>97</sup> **Abdülkerim**, s. 34.

<sup>98</sup> Zekeriya **İbrahim**, Özgürlüğün Problemleri, 3. Baskı, Mektebe Yayınları, Mısır 1963, s. 46.

<sup>99</sup> **El Kubali**, s. 49.

leme yetkisine sahip olduğunu ve gerekli hallerde bu yetkisini kısmen gerekli bakanlara veya yetkili mensuplara devredebileceği hükmüne yer vermektedir.

Sonuç olarak her durumda anayasa tarafından bireylere tanınan temel haklardan sayılan haberleşme özgürlüğü ve gizliliği, her şart ve zeminde yine yasalar tarafından belirlenen denetim mekanizmaları tarafından kontrol edilmelidir. Çünkü bu durum hukuk devleti olmanın gereğidir.

### 10. Hak Arama Özgürlüğü

Hak arama özgürlüğü diğer hak ve özgürlüklerin bütününe sirayet edecek kadar önemlidir. Çünkü hak arama özgürlüğünün kaybedilmesi diğer temel hak özgürlüklerin anlamını kaybetmesine neden olur.<sup>100</sup> Birtakım çevreler tarafından doğal haklar arasında kabul edilen hak arama özgürlüğü anayasa ile teminat altına alınmış önemli bir haktır. Nitekim 1925 Irak Anayasası'nın 9'uncu maddesi, hiç kimse mahkeme hakkından mahrum bırakılamaz ve hiç kimse kanuni bir dayanak olmadan bir mahkemeye başvurmayla mahkûm edilemez hükmüne yer vermektedir.<sup>101</sup>

Hak arama özgürlüğünün pek çok ülkenin anayasası için büyük öneme sahip olduğunu görmek mümkündür. 1947 tarihli Ürdün (m. 58) ve 1951 Libya Anayasalarında (m. 14) hak arama özgürlüğüne ilgili maddelerle atıf yapıldığı görülür. Aynı zamanda ortak ilke gereği kimse dava konusu şikâyeti için başka bir mahkemeye başvurmayla zorlanamaz denilmektedir. Dolayısıyla genel bir durum olarak herkesin mahkemelere başvurma hakkı bulunmaktadır.

Ancak her hakta olduğu gibi hak arama özgürlüğünde de mahkemeye başvurma konusunda istisnalar mevcuttur. İflas eden tacirler bu haktan yararlanamazlar. Çünkü ticaret kanunu dava konusunu ticaret mahkemeleri ile çözmektedir. Bu bakımdan iflas dava konusu sayılmamaktadır. Bir de akıl hastası olanlar, reşit olmayanlar, cinayet vb. sebepten hüküm giyenler (dava açma) konunun istisnası sayılmaktadır.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Gözler, s. 182.

<sup>101</sup> Enver, s. 320.

<sup>102</sup> Kurucu Meclis Müzakereleri, s. 507.

Hak arama özgürlüğünün her türlü müdahale ve baskıdan uzak tutulması gerekmektedir. Mahkemede ortaya çıkan ihtilaflar nedeniyle hak konusu başka bir mahkemeye devredilebilir. Ancak bu şekilde görüşler yargı iradesinin dışına çıkmaktadır.<sup>103</sup> Örneğin 1956 yılında çıkartılan 58 sayılı Yargı Hizmetleri Kanunu'nun 49'uncu maddesi, hâkimlerin hükümete karşı görevlerine ilişkin açtıkları davalar dinlenilmez hükmüne yer vermektedir. Çünkü bu tarz davalara bakma görevi başka mahkemelerin değil belirlenen komisyonlar marifetiyle gerçekleştirilmektedir.<sup>104</sup> 1876 tarihli Osmanlı Anayasası'nın 23'üncü bendi ve Ürdün Anayasası'nın (Kuzey Ürdün için çıkardığı kanundur.) 7'nci maddesi aynı şekilde mahkemeler herkese açıktır demektedir ve kimse kendi davasına bakan mahkeme dışında başka bir mahkemeye başvurmayaya mecbur edilemez demektedir. Son olarak sıkıyönetim mahallerinde bu hakkın aranması geçici olarak tatil edilmektedir.

### 11. Dilekçe Hakkı

1925 Irak Anayasası Irak vatandaşlarına kendilerini ve toplumun tamamını ilgilendiren konularda görüş ve şikâyetlerini kral ve halk meclisine veya yetkili mercilere sunma hakkını 14'üncü maddesi ile vermiştir. Ancak bu hak, yetkili mercilere, topluluk adına resmi heyetler veya tüzel kişilikler (sendika, dernek vb. STK'lar...) tarafından yapılabilmektedir. 1982 Anayasası Türkiye'de yaşayan yabancılar için (mütekabiliyet / karşılık hakkı) kamu ile yaşanan sorunlarda şikâyet ve dilekçe hakkını 73'üncü maddesi ile yetkili makamlara ve TBMM'ye yazılı yapılabilmesi şeklinde tanımaktadır.<sup>105</sup>

Dilekçe hakkının tarihsel gelişiminin batıda İngiliz insan haklarının ilanına (1689) kadar uzandığı görülür.<sup>106</sup> Genel olarak bu hakkın kullanım

<sup>103</sup> **Cemil**, “Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareketi”, s. 27. Bu bağlamda Temyiz Mahkemesi tarafından alınan karara göre; Maliye Bakanına Ziraatçıyı Teşvik Kanunu ve fişkiyelerin kullanılması amacıyla çıkarılan kanunu uygulamayı daha kolay hale getirebilmek için talimat çıkarabilme yetkisi tanınması, ona hâkim yetkilerini tayini ve yargı hakkı sınırlandırılması yetkisi vermez. Yani mahkeme yetkileri çerçevesinde olan yetkileri alıp başka bir makama veya merciye devretme yetkisini tanımaz. Hüseyin **Cemil**, Mahkeme Kararları Derlemesi, (*Temyiz Mahkemesi Yargısı, Hukuk İşleri Dairesi, Hüseyin Cemil'in derlemesi, özetlemesi ve tertiplemesi*), Ahali Matbaası, Bağdat 1937, s. 201-202.

<sup>104</sup> Gazi **Sabarini**, Temel Hak ve Özgürlükler, Takafa Yayınevi, Beyrut 1997, s. 31.

<sup>105</sup> **Gözler**, s. 187-188.

<sup>106</sup> **Cemil**, “Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareketi”, s. 28.

şekli haksızlığa uğrayan bireylerin hakkının savunulması ya da haksızlığa sebep yasaların yeniden düzenlenmesi için kullanılmıştır.<sup>107</sup> Aslında her ne kadar 1925 Irak Anayasası ile dilekçe hakkı yasalarla düzenlenmiş görünse de 1958 yılına kadar bu hak hiç kullanılmamıştır.<sup>108</sup> Sadece kâğıt üzerinde kalmıştır. Kanımca ne toplum bu anayasal hakkı kullanma cesareti gösterebilmiş ne de kullanılması siyasi otoritenin işine gelmiştir. Ta ki 1925 Irak Anayasası'nda yapılan 69 sayılı Tadil Kanunu ile yapılan değişiklik bütün insanlar ve topluluklar adına başvuru yapma hakkını resmi makamlar ve tüzel kişilere vermiştir. Bu değişikliğin altında yatan eğilimin toplum menfaatleri olduğu çok açıktır. Çünkü bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ait konular için yapılacak şikâyetler, kanımca, toplu olarak yapılması bireysel şikâyetten çok daha etkili olacaktır. Irak Anayasası'nda olduğu gibi benzer durum Arap devletlerinin anayasalarında da görülmektedir. Nitekim 1923 Mısır Anayasası'nın 22'nci maddesi, yetki sahibi bireylerin genel makamlara karşı dilekçe haklarını kullanabileceklerini, ancak topluluk için yapılacak şikâyet bildirimlerinin resmi kuruluşlar ve tüzel kişiler eliyle yapabilir hükmüne yer vermektedir.<sup>109</sup>

## SONUÇ

1925 Irak Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkışı, güvencesi başlıklar halinde incelenerek karşılaştırmalı bir tahlil yapılmıştır. Temel hak ve özgürlükler Irak Anayasası'nda sınırlı olarak ele alınmış hatta güvenceleri sınırlı tutulmuştur. Uygulamada rejimlerin insafına ve ideolojisine bırakılması da tartışmalı bir durum yaratmaktadır.

1925 Irak Anayasası'nda insan hakları ve özgürlüklerinin dayanağı olarak görülen; hakların eşitlik, din özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgür-

<sup>107</sup> Eysmen, s. 280.

<sup>108</sup> Hober'e göre; Krala dilekçe gönderildiğinde Bakanlar Kurulu Sekreterliği Dairesine iletebilir. Buradan da dilekçe ilgili dairelere gönderilebilmektedir. Özellikle parlamentoya sunulmuş olan dilekçelerde ise parlamentonun dilekçe kısmının görevindedir ve orada gereği yapılmaktadır. Fakat tüzel kişiler tarafından genel yetkili makama gönderilen dilekçelerde muhatap makam tarafından gereği yapılmakta ya da yüksek makama havale edilmektedir.

<sup>109</sup> Bu görüş benzerliği bakımından, söz konusu hak ile ilgili olarak, Fransa'da 1791 yılında kurucu meclis tartışmaları sırasında meydana gelmiştir. Çünkü "Kurucu Meclis üyeleri, ferdi hak gibi düşünerek yaklaşmış ve bütün milletin bireylerine tanımıştır. Milletin belirli bir cemaati için, siyasi oylama baskısından bununla (kanunun tanıdığı) lütuf veya nazik muameleye muhatap olsunlar. Eysmen, s. 281.

lüğünün yanında mülkiyet hakkı ve vergilerin yasallığı gibi toplum açısından hayati önemi haiz konuların önemine değinilmiştir. Ne var ki bu hakların kanunun elverdiği esaslar içinde kullanılması toplumsal barış açısından önem taşımaktadır.

Arap ülkeleri anayasasındaki vatandaşlık ve kanun önünde eşitlik başlıkları altında; bireylerin en önde gelen haklarından birisi olan ve yaşadığı siyasal düzen ile bağımlı gösteren vatandaşlık hakkının aidiyetlik anlamında çok önemli bir konuma sahip olduğunu belirtmek gerekir. Vatandaşlık hakkının Arap ülkelerinde ve Osmanlı içindeki yerini incelediğimizde (1876 Kanuni Esasi) Osmanlı Anayasası'nın 8'inci maddesinde Osmanlı bünyesinde bulunan bütün bireylere istisna gözetmeden Osmanlı tebaası olarak bakılmaktadır. 1925 Irak Anayasası'nın 6'ncı maddesinde; din, dil ve etnik kökende farklılıklar olsa da kanun önünde bütün Irak vatandaşlarının eşitliğine değinilmiş Suriye (md.18) ve Lübnan (md.7) anayasaları ile kısmen karşılaştırılması yapılmıştır.

Anayasal eşitlik, bireylerin siyasî ve medeni hakları, ödev ve külfetlerine (yükümlülüklere) eşit katılım, vergi ödemede eşitlik, zirai gelirlerde, kamusal görevlere katılımda, askerlik görevini ifada eşitlik gibi toplumsal hak ve konulara vurgu yapılması değerlidir.<sup>110</sup> Kişi özgürlüğü ve güvenliği, yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, bireysel mülkiyet hakkı, kişileri zorunlu borçlandırma, mal edinme, gayrimenkul ve müsadere, angarya, menkul ve gayrimenkul mallara genel olarak el koyma yasaklığı konuları bireylerin siyasal, toplumsal ve hukuk zeminindeki anayasal kazanımları olmuştur.

Devlet tarafından menkul ve gayrimenkul mallara el konulması, düşünce ve kanaat, basın ve yayım, toplanma, dernek ve siyasi parti kurma, haberleşme, hak arama özgürlüğü; dilekçe hakkı, kanun üstünlüğü veya devletin kanuna uyum başlangıcı ve son kertede kuvvetler ayrılığı büyük öneme sahip konular olarak Irak toplumu içinde yerini almıştır.

Diğer taraftan yargı organının mutlaka diğer yargı organlarından ayrı ve bağımsız olması çok önemlidir. 1925 Irak Anayasası'nda hak ve özgürlüklerin kanun yoluyla sınırlanması, korunması, incelemesi ve kanunların uygunluğunun denetlenmesi ve bu konuda yetkisinin sadece Yüksek Mahkeme'ye (Görev ve yetkileri 1925 Irak Anayasası'nın md. 81'de düzenlenmiştir.) bırakılması hukuksal önemli bir kazanım olmuştur.

<sup>110</sup> Muhammed Fuat Mihna, Anayasal Kanunlarda Dersler, Maarif yayınları, Bağdat 1968-1969.

Bir tespit yapmak gerekirse 1925 Irak Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere şekilsel olarak yer verdiği görülmektedir. Bunun yanında evrensel değerlerin yanında sosyal ve iktisadi haklara pek değinilmediği görülmektedir. Bu durumun sistemin bir sonucu olduğu açıktır. Çünkü feodal toplumsal yapı ve kapitalizmin yaratmış olduğu sermaye gurubu, ekonomiyi yönlendiren gücü de elinde tutmaktadır. Bunların haricinde sisteme dolaylı yollardan etki eden başka unsurların da etkisini belirtmek gerekir. Örneğin İngiliz sömürgeciliği bunun en canlı örneğidir. Geneline bakıldığında 1925 Irak Anayasası'nın içeriğinde yer almayan haklardan birisi de gösteri hakkıdır. Zira bu hakkın anayasada olmaması toplumsal örgütlenme ve sivil toplum kuruluşları için olumsuz bir durumdur. Bu nedenle sosyal ve iktisadi konulara kasıtlı olarak yer verilmediği olası görünmektedir. Çünkü gösteri hakkı işçi hareketleriyle bağıntılı haklarının başında gelmektedir.

### KAYNAKÇA

**Abdülkerim**, İzdihar. Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlükler. Doktora Tezi, Bağdat Üniversitesi SBE, 1983.

**Akdemir**, Müslim. “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından İnsan Doğası”. Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi. C. 0, S. 4, 2005, s. 74-79.

**Al Yasiri**, Kays Abdülhüseyin. İkinci Dünya Savaşı Sonu ile 14 Temmuz 1958 Devrimi Arasındaki Irak Gazeteleri ve Ulusal Hareket. Kültür ve Sanat Bakanlığı Yayınları, Bağdat 1978.

**Berekat**, Abd-ül Kerim Sadi. Vergi Sistemleri Teori ve Uygulama. Me-kavi Kitaplığı Tevziyatı, Beyrut 1977.

**Bero**, Tevfik Ali. Osmanlı Anayasası Döneminde Arap ve Türkler. Mustekbel Yayınevi, El Kahira Mısır 1960.

**Bilan**, Levran. Genel Görevler. 1. Baskı, Uveydat Yayınları, Beyrut-Lüb-nan 1973.

**Celil**, Adnan Hamudi. Hak, Özgürlüklerin Teorisi ve Çağdaş Uygulamaları. D. N Yayınları, El Kahira Mısır 1975.

**Cemil**, Hüseyin. “Temel Hürriyetler ve Ulusal Hareket”. Seda Al-Ahali gazetesi Yayınlanan Makale. C. 1, S. 11, 1952, s. 52-74.

**Cemil**, Hüseyin. Arap Ülkelerinde İnsan Hakları, Arap Birliği Çalışmaları. Maarif Yayınevi, Beyrut 1996.

**Cemil**, Hüseyin. Mahkeme Kararları Derlemesi, (*Temyiz Mahkemesi Yargısı, Hukuk İşleri Dairesi, Hüseyin Cemil'in derlemesi, özetlemesi ve tertipleme*). Ahali Matbaası, Bağdat 1937, s. 201-202.

**Cemil**, Hüseyin. Temel Özgürlüklerin Gelişimi Güvenceleri, Geleceği. Maarif Yayınevi, El İskenderiye Mısır 1975.

**Coşkun**, Vahap. İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil. Liberte Yayınları, Ankara 2009.

**El Adaly**, Emin. Temel Hak ve Özgürlüklerin Özeti. Randa Yayınevi, Ürdün 2001.

**El Büstani**, Abdullah İsmail. Anayasadaki Ön Hatıralar. Talia Yayınevi, Beyrut 1950-1951.

**El Cedde**, Raad. Irak Anayasalarında Çalışmalar. Hayrat Yayınevi, Bağdat 2000.

**El Cedde**, Raad. Irak Anayasalarında Temel Teoriler ve Iraktaki Anayasa Sistemleri. Rabita Yayınevi, Bağdat 1990.

**El Cedde**, Raad. Irak Anayasalarında Yargılamalar. Hikmet Yayınevi, Bağdat 1998.

**El Cuburi**, Nasir. Din Görüşünde Siyasi İnsan Hakları. Yüksek Lisans Tezi, Bağdat İlahiyat Fakültesi, 1999.

**El Dahiri**, Abdulvehhap Matar. Tarım Reform Ekonomisi. Al Ani Matbaası, Bağdat 1970.

**El Haris**, Hikmet Abdülkerim. Vergi Siyaseti ve Irak'ta Vergi Sistemi. Dar Vehvelan Basın ve Yazı Aletleri, El-Kahire Mısır 1973.

**El Higagi**, Abdülrezzak. Arap Ülkelerindeki Toprak ve Tarımsal Reformun Hikâyesi. 1. Baskı, Dar Al Keşşaf Yayınevi, Bağdat, 1967.

**El Hüsni**, Abdulrezak. "Irak'ta Ulusal Cephe, Tarihi Kökleri ve Gelişmeleri". AL İrfan Dergisi. C. 59, S. 6, 1982, s. 182.

**El Ivadi**, Bedriya. Temel Haklar ve Kuvet Anayasası. Haliç Yayınevi, Kuveyt 1985.

**El Kubali**, Bekir. "Temel hak ve Özgürlüklerin Gelişimi". Bağdat Üniversitesi Hukuk Dergisi. C. 1, S. 1-2, 1984, s. 34.

**El Mansur**, Ahmet. Irak Anayasalarında Temel Haklar. Doktora Tezi, Bağdat Üniversitesi SBE, 1989.

**El Talebani**, Kazım Habib Mukerem. Tarım Reformu ve Anlaşması Hakkında Görüşler. Mektebet Yayınevi, Bağdat 1971, s. 231.

**El Talibani**, Mukrem. Irak'ta Tarımın Köklü Reformu. Al Ahliye Basım Şirketi, Bağdat 1969.

**El Yasin**, Muhammed. Temel Hak ve Özgürlükler. Hadis Yayın ve Dağıtım Evi, Beyrut 1988.

**Enver**, Ahmet Reslan. Bireysel Fikir ile Sosyalist Fikir Arasında Demokrasi. Arap Kalkınmaevi Yayınları, Mısır 1971.

**Eysmen**. Anayasal Haklar. Çev. Adil Zafer, Çağdaş Yayınları, Mısır 1987.

**Gemalmaz**, Mehmet Semih. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı. İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 420.



**Gözler**, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri. 26. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa 2021.

**Hasbu**, Ömer. Özgürlük ve Topluluklar. Dar El Nahda Yayınevi, Kahire 1999.

**İbrahim**, Abdülazim. “Hak ve Hürriyetler Bakımından Osmanlı Anayasal Belgelerinin Irak 1925 Kanun-ı Esasiyeye Tesiri”. Sosyal ve Beşerî Bilimler Dergisi. C. 6, S. 1, 2021, s. 1-14

**İbrahim**, Abdülazim. İnsan Hakları Teorisi Uyarınca Eski ve Yeni Ahitte Düzenlenen Ortak Haklar. Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**İbrahim**, Abdülazim. Irak Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2010.

**İbrahim**, Zekeriya. Özgürlüğün Problemleri. 3. Baskı, Mektebe Yayınları, Mısır 1963.

**Kılınc**, Ahmet. Kanun-i Esasi'nin İnsan Hakları Yönünden Analizi. Kırıkale Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2005.

**Kılınc**, Ahmet. Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku. T.C Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2021.

**Kaboğlu**, İbrahim. Özgürlükler Hukuku. 6. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2002.

**Katzarof**, Konstantin. Kamulaştırma Teorisi. Al Ani Matbaası, Bağdat 1972.

**Kazancı**, Kâmil. “Fransız Devriminin Irak Anayasası’nda Bıraktığı Miras”. Rabita Dergisi. C. 1, S. 908, 1944, s. 322.

**Mahmasani**, Suphi. İnsan Hakları Erkanı, İslam Şeriatı ve Çağdaş Kanunlar Arasında Mukayeseli Bir Araştırma. 1. Baskı, Darül Meleyin Yayınları, Beyrut-Lübnan 1979.

**Mihna**, Muhammed Fuat. Anayasal Kanunlarda Dersler. Maarif Yayınevi, Bağdat 1968–1969.

**Muhlim**, Hasan. “Temel Özgürlük Teorisinde Çalışmalar”. Cezayir Üniversitesi İdari ve Hâkimlik Fakültesi Dergisi. C. 1, S. 13, 1998, s. 33-61.

**Ribat**, Edmon. Anayasaya Giriş. Babil Yayınevi, Bağdat 1991.

**Rubirobilo**, Devlet ve Vatan. Çev. Nühe Kali, Kılfat Yayınları, Beyrut 1961.

**Sabarini**, Gazi. Temel Hak ve Özgürlükler. Takafa Yayınevi, Beyrut 1997.

**Salim**, Mahmut Zeki. Gelirler Üzerindeki Genel Vergiler İçin Kanuni Statüleri, Kanuni ve Anayasal İlkelerin Şerhi. Dar-ül Fikr-ül Arabi, Mısır 1954.

**Serhan**, Abdülaziz. Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Giriş, İslam ve Arap Anayasalarında Karşılaştırmalar. 1. Baskı, Zeynel Hukukiye Yayınları, Kuveyt 2011.

**Şantavi**, Faysal. 1925 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler. Hamid Yayın ve Dağıtım, Mısır 1998.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancaktar**, Oğuz/**Önok**, Rıfat Murat. İnsan Hakları El Kitabı. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

### **Anayasa ve Kanunlar**

1789 Fransız İnsan Hakkı Beyannamesi.

1876 Osmanlı Anayasası.

1920 Suriye Esas Anayasası.

1922 İngiltere ve Irak Anlaşması.

1925 Irak Asıl (Esas) Anayasası.

1925 Irak Kanun-i Esasi.

1926 Lübnan Anayasası.

1928 Ürdün Esas Anayasası.

1958 Irak Anayasası (27 Temmuz).

1982 Türkiye Anayasası.

Al Ahali Gazetesi, Tarih (6-7-8 Mart 1952).

Al Ahali Sesi Gazetesi, (2.9.1954).





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## Türkiye’de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar\*

Legal Principles on Exploration and Operation of Geothermal Resources in Turkey

  Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN\*\*

### ÖZET

Enerji üretiminde jeotermal kaynakların kullanımının fosil kaynakların kullanımına nazaran çevreye olumsuz etkilerinin daha az oluşu, bu kaynaklara yönelimi artırmıştır. Özellikle, sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulmasının yanında elektrik enerjisi üretimi, ısınma gibi gereksinimlerin karşılanması maks-

\* Bu çalışma, “Türkiye’de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar” başlığıyla 10-12 Şubat 2022 tarihinde gerçekleştirilen Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu’nda sözlü olarak sunulan ve özeti, Sempozyum Özet Bildiri Kitabı’nda yayınlanan bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 11.04.2022 | Kabul/Accepted: 18.07.2022.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Onur Kaplan, “Türkiye’de Jeotermal Kaynakların Aranması ve İşletilmesi Faaliyetlerinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (475-520).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

dıyla değerlendirilen jeotermal kaynaklar, hukuk düzeninde ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda elektrik enerjisi üretimi konusunda dışa bağımlılığın azaltılması doğrultusunda, jeotermal kaynaklar bakımından önemli bir potansiyele sahip olan Türkiye’de hukuk düzeninde bazı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. 2007 yılında çıkarılan 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu çerçevesinde jeotermal kaynakların aranması ve işletilmesi yanında bu faaliyetlere bağlı olarak idare payı, bloke alanlar gibi kavramların da ele alındığı görülmektedir. Esasen jeotermal kaynaklara dair arama ve işletme faaliyetleri, yetkili idari makamlara talepte bulunarak öncelik esasına dayalı biçimde bu makamların vereceği izin belgesini ifade eden ruhsatla mümkün olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu ruhsatların devri ve/veya zamana bağlı olarak başka kişilere intikal etmesi mümkündür. Bu nedenle idari makamlar tarafından verilen ruhsatlara bağlı olarak, ruhsat sahibi kişilerin hak ve yükümlülüklerin niteliğinin ve içeriğinin de ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu bağlamda devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir mal olarak jeotermal kaynaklardan yararlanmanın tabi olduğu rejim açıklanarak, bu kaynakların bulunduğu alanlarda gerçekleştirilen arama ve işletme faaliyetlerinin usul ve esasları, yargı kararları da değerlendirilmek suretiyle incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Enerji, Jeotermal, İdare, Ruhsat, Çevre.

## ABSTRACT

The fact that the use of geothermal resources has less negative effects on the environment compared to the use of fossil fuels has increased the orientation to these resources over time. In particular, geothermal resources, which are evaluated in order to meet the requirements such as electricity generation and heating, as well as creating a healthy and balanced environment, are also regulated in the legal order. In this context, it is seen that some regulations have been made in the legal order in Turkey, which has an important potential in terms of geothermal resources, in order to reduce foreign dependency on electricity energy production. Within the framework of the Geothermal Resources and Natural Mineral Waters Law No. 5686 enacted in 2007, besides the exploration and operation of geothermal resources, it is seen that concepts such as administrative share and blocked areas are also discussed depending on these activities. In fact, exploration and operation activities for geothermal resources are possible with a license expressing the permission document to be given by these authorities on the basis of priority by making a request to the competent administrative authorities. In addition, it is possible for the said licenses to be transferred to other persons depending on the transfer and/or time. For this reason, depending on the licenses issued by the administrative authorities, the nature and content of the rights and obligations of the license holders should also be examined separately. In this context, the regime to benefit from geothermal resources as a property under the authority and

disposal of the state will be explained, and the procedures and principles of exploration and operation activities carried out in the areas where these resources are located will be examined by evaluating the judicial decisions.

**Keywords:** Energy, Geothermal, Administration, License, Environment.

## GİRİŞ

Isınma ve benzeri ihtiyaçların karşılanması açısından alternatif enerji kaynakları arayışının 1970'lerden itibaren yoğunlaşmasına bağlı olarak jeotermal kaynakların tespit edilmesine ve bu kaynaklardan yararlanılmasına ilişkin çalışmalar da hız kazanmaya başlamıştır<sup>1</sup>. Bu kaynakların termal turizm (kaplıcalar), ısınma ve soğutma gibi kullanımlarının yanında, elektrik enerji gereksiniminin karşılanması amacıyla değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>2</sup>. Özellikle teknolojik gelişmelerin hızlanması ve nüfusun artmasına bağlı olarak, ortaya çıkan elektrik enerjisi açığının kapanması adına bu kaynaklardan yararlanılması hedeflenen bir olguyu ifade etmektedir<sup>3</sup>. Zira bu sayede ekonomik açıdan dışa bağımlılığın azalması, kaynakların verimli kullanımı ve enerji ihtiyacının karşılanması<sup>4</sup> bir arada sağlanabilecektir. Bu doğrultuda jeotermal kaynak rezervi açısından önemli bir potansiyele sahip Türkiye'de<sup>5</sup>, bu kaynakların hangi esaslara tabi olarak değerlendirilebileceğinin belirlenmesi icap eder. Esasen, fosil

- 1 Gürcan **Konak**/Çağatay **Pamukçu**, "Geothermal Energy-Economy, Potential and Utilization Possibilities in Turkey", *Energy Exploration & Exploitation*, Vol. 24, No. 4-5, 2006, s. 271.
- 2 Jeotermal kaynakların kullanım alanları açısından bkz. Adem **Uluşahin**, "Enerji Gereksiniminde Bazı Gerçekler, Jeotermal Enerji ve Yasal Durum", V. Yenilenebilir Enerji Kaynakları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Diyarbakır 2009, s. 157; Orhan **Mertoğlu**, "Jeotermal Kaynaklarımızın Değerlendirilmesi", *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 3, 1991, s. 33; Saadet **Acar**/Hasan **Köseoğlu**, "Jeotermal Suların Uygulama Alanları ve Çevresel Problemler", *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, S. 28 (Özel Sayı), 2021, s. 328.
- 3 Osman D. **Elvan**/Y. Özhan **Türker**, "Geothermal Energy Capacity and Legislation in Turkey", *Journal of World Energy Law and Business*, 2013, Vol. 6, No. 4, 2013, s. 300; Nevzat **Şimşek**, "Enerji Sorununun Çözümünde Jeotermal Enerji Alternatifi", *Ekoloji ve Çevre Dergisi*, C. 8, S. 29, 1998, s. 15; N. Münici **Çakmak**, *İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 41.
- 4 Şadan **Çalışkan**, "Türkiye'nin Enerjide Dışa Bağımlılık ve Enerji Arz Güvenliği Sorunu", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 25, 2009, s. 306.
- 5 Mutlu **Yılmaz**, "Türkiye'nin Enerji Potansiyeli ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Açısından Önemi", *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, C. 4, S. 2, 2012, s. 37.

kaynakların enerji üretimi kullanımında yarattığı olumsuz sonuçların önlenmesi<sup>6</sup> adına bu kaynakların değerlendirilmesi faydalı olsa da yanlış kullanıma bağlı olarak, çevrenin ve ilgili kişilerin olumsuz etkilenmesi ihtimali de bulunmaktadır<sup>7</sup>. Bu nedenle jeotermal kaynakların değerlendirilmesine yönelik faaliyetlerin denetimden muaf olmadığı<sup>8</sup>, belirli kuralların hukuk düzeninde benimsendiği ve idari makamların gözetimi ve kontrolünün ön planda olduğu vurgulanmalıdır.

Tarihsel açıdan, madenlerin tabii olduğu hukuki rejime bağlı olarak jeotermal kaynaklar, 1926 tarihli ve 927 sayılı Sıcak ve Soğuk Maden Sularının İstismarı ile Kaplıcalar Tesisatı Hakkında Kanun<sup>9</sup> (927 sayılı Kanun) çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak, 927 sayılı Kanun'da jeotermal kaynakların teknolojik gelişmeler bağlamında elektrik enerjisi üretiminde kullanılması gibi hususlara yer verilmemiş olup sadece kaplıca faaliyetlerinde ne şekilde kullanılacağı ele alınmıştır. Bu durumun zamanla ortaya çıkardığı ihtiyaca bağlı olarak<sup>10</sup> Türk hukuk sisteminde, 2007 tarihinde 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu<sup>11</sup> (5686 sayılı Kanun) çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur. 5686 sayılı Kanun çerçevesinde ayrıca jeotermal kaynak, jeotermal rezervuar, faaliyet gibi kavramların tanımlandığı görülmektedir<sup>12</sup>. Bu doğrultuda jeotermal kaynak-

6 Fatma **Canka Kılıç**, “Geothermal Energy in Turkey”, Energy & Environment, Vol. 27, No. 3-4, 2016, s. 360; Selahattin **Erdoğan**, “Enerji, Çevre ve Sera Gazları”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2020, s. 286.

7 Mebrure **Badruk**, “Jeotermal Enerji Uygulamalarında Çevre Sorunları”, Jeotermal Enerji Semineri Bildirileri Kitabı, MMO Yayınları, İzmir 2003, s. 345.

8 Bu doğrultuda jeotermal kaynakları arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesinden muaf tutulacağına dair yasal düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği görülmektedir. Bkz. AYM. E. 2006/99, K. 2009/9, 15.01.2009, (RG., 08.07.2009, S. 27282).

9 RG., 30.06.1926, S. 408.

10 Belirtmek gerekirse 3213 sayılı Maden Kanunu'nda “*jeotermal kaynaklar*”, “*maden*” kapsamı dışında bırakılmıştır. 3213 sayılı Maden Kanunu md. 2/1: “*Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir*”. (Metnin altı tarafımızca çizilmiştir.)

11 RG., 13.06.2007, S. 26551.

12 “*Davacı tarafından, 5686 sayılı Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istenilmiş ise de, söz*

lara ilişkin olarak icra edilen faaliyetlerin tabii olduğu rejim 1982 Anayasası'nın (*Anayasa*) ilgili hükümlerinin yanında 5686 sayılı Kanun dikkate alınarak belirlenecektir.

Jeotermal kaynakların birer tabii servet ve kaynak niteliğinde olması<sup>13</sup>, malın hukuki niteliğinin ne olduğu ve maldan nasıl yararlanılacağı sorularının da cevaplandırmasını gerektirmektedir. Bu sorulara verilecek yanıt, öncelikle Anayasa'nın ilgili hükümlerinden hareketle ortaya konulmalıdır. Anayasa'nın 168. maddesine bakıldığında, tabii servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan olduğu vurgulanarak, bu mallarla ilgili arama ve işletme faaliyetlerinin “*devletin hakkı*” olduğu ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Esasen “*devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak*” deyiimi, malın mülkiyetinin kime ait olduğu hakkında bilgi vermemektedir<sup>15</sup>. Bu nedenle bu tür malların mülkiyetinin özel hukuk mülkiyeti olarak devlete ait olması veya bu malların özel hukuk kuralları çerçevesinde satış sözleşmesine doğrudan konu olabilmesinden bahsedilmemektedir<sup>16</sup>. Bununla birlikte Anayasa'da devletin hüküm ve tasarrufu altında olma ifadesinin tanımı da yapılmamıştır. İlgili yasal düzenlemelere bakıldığında ise devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallara dair bazı örneklerin sunulduğu görülmektedir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu (*MK*) md. 715

---

*konusu talep ciddi görülmemekle davanın esasını incelemiştir. 5686 sayılı Kanunda, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli suların aranması, üretilmesi, korunması, bu kaynaklar üzerindeki hak sahipliği, yapılacak denetim ve uygulanacak müeyyidelerle ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Dava konusu Yönetmeliğin ise, dayanağı Kanunda yer alan düzenlemelere uygun şekilde ve bu Kanunla verilen yetki uyarınca hazırlandığı anlaşılmaktadır”. Dan. 8. D., E. 2018/3425, K. 2021/1899, 30.03.2021, (<https://www.lexpera.com.tr>, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası), E.T. 02.02.2022.*

- 13 Sadık **Kırbaş**, Devlet Malları, 2. Baskı, Adım Yayıncılık, Ankara 1988, s. 25.
- 14 AY md. 168: “*Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir*”.
- 15 Aydın **Gülen**, “Kamu Malları”, Günışığında Yönetim (Ed. İl Han Özay), Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 678.
- 16 Bu konuda bkz. Yaşar **Karayalçın**, “Kanunlarımız, Doktrin ve Uygulama Açısından Mera ve Yaylaklar, Emval-i Metruke”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, 1975, s. 53 vd.



hükmüne göre, “*sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır*”. Jeotermal kaynakların doğrudan kişiler tarafından yararlanılmasından ileri gelen faydanın yanında, birer tabii kaynak olarak işletilerek kullanılmasında dolaylı olarak kamu yararı sağlandığı ve bu durumun hukuk düzeninde gözetilmesi gerektiği<sup>17</sup> söylenebilir. Nitekim Anayasa’nın 168. maddesinin gerekçesine bakıldığında; milli servetlerin “*bir an önce*” işletilmesinde ve değerlendirilmesinde kamu yararının bulunduğu ifade edilmiştir<sup>18</sup>. Bu doğrultuda, MK md. 715 kapsamında belirtildiği şekilde; devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve aynı zamanda kamuya yararlı sular kapsamında değerlendirilebilen bu kaynaklar, “*aksi ispatlanmadıkça kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz*”<sup>19</sup>. Aynı şekilde, 5686 sayılı Kanun md. 4 uyarınca, “*Jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup buldukları arzın mülkiyetine tâbi değildir*”. Bu anlamda TMK md. 718 çerçevesinde ifade edilen “*arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*” hükmü kapsamında 5686 sayılı Kanun’un söz konusu kaynaklar açısından “*yasal sınırlama*” teşkil ettiği belirtilmelidir. Dolayısıyla özel mülkiyet konusu olmayan, sahipsiz mal niteliğindeki<sup>20</sup> jeotermal kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetlerinin kural olarak devlete ait ve fakat devredilebilen

17 İbrahim Akkuş/Hüseyin Alan, Türkiye’nin Jeotermal Kaynakları, Projeksiyonlar, Sorunlar ve Öneriler Raporu, TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara 2016, s. 70. Bununla birlikte jeotermal kaynakların değerlendirilmesinden ileri gelen kamu yararı çıktısından ayrık biçimde, jeotermal arama ve genişletme sahalarının belirli hallerde tarım alanlarını tehdit ettiği ve bu durumun kamu yararı sağlamaktan ziyade kente karşı suç niteliğinde olduğu yönünde bkz. Dalya Hazar Kalonya/Zeynep Yıldırım, “Kent Suçu ya da Kente Karşı Suç: İzmir Örneği”, İdealkent, C. 11, S. 30, 2020, s. 756.

18 Bkz. Y. Emre Yılmazoğlu/İ. Emrah Perdecioğlu (Haz.), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2019, s. 1081.

19 Buna göre yasal düzenlemede belirtilenin aksine idari makamlarca kural olarak söz konusu tabii servet ve kaynaklar özel mülkiyet konusu haline getirilemez. Bkz. Suat Şimşek, “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”, Sayıştay Dergisi, S. 92, 2014, s. 100.

20 Kırbaş, s. 26.

bir hak niteliğinde<sup>21</sup> olduğu da ifade edilecektir. Başka bir deyişle, Anayasa md. 168 doğrultusunda vurgunun; malın mülkiyetinin kime ait olduğundan ziyade, kullanımının ne şekilde olacağına yönelik olduğu görülmektedir. Çalışmanın devamında, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki jeotermal kaynakların “aranması” ve “işletilmesi” faaliyetlerinin “hak” olarak niteliği irdelenerek, özel hukuk kişilerinin hangi hukuki usul ve esaslar dahilinde bu faaliyetleri yapabileceği ortaya konulacaktır.

## I. DEVLET HAKKI KAVRAMI

Anayasa'nın 168. maddesi ile 5686 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu faaliyetlerin ortak ve genel ihtiyaçları sağlamaktan ziyade faaliyeti gerçekleştiren kişiye “hak” sağladığı görülmektedir. Bu hak kural olarak devlete ait olmakla beraber, özel hukuk kişilerine de faaliyeti gerçekleştirdikleri ölçüde devredilebilmektedir<sup>22</sup>. Dolayısıyla burada, devletlerin milletlerarası hukuk çerçevesinde diğer devletlere nazaran sahip olduğu hak ve yetkilerden değil ve fakat devredilebilen hak ve yetkilerden bahsedilmektedir<sup>23</sup>. Bunun yanında devlet hakkı kavramı, klasik hak kuramlarıyla da açıklanamamaktadır. Zira klasik anlamda hak teorileri kişilerin birbirine yahut devlete yönelik ileri sürebileceği talepleri ve yetkileri kapsamaktadır. Bu anlamda kamu hukuku düzleminde, kamu gücü imtiyazından yararlanmak suretiyle fonksiyonlarını icra eden devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin hakkından bahsedilemeyecektir<sup>24</sup>. Kamu hukukunda yasal dayanağı bulunmak suretiyle bir şeyi yapabilme gücünü ifade eden “yetki” kavramının<sup>25</sup> yanında, idari makamlara kural olarak “hak” tanınmış değildir. Bu bağlamda örneğin, “idari

<sup>21</sup> Dan. 13. D., E. 2007/15673, K. 2008/6897, 22.10.2008, (<https://legalbank.net>, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası), E.T. 02.02.2022.

<sup>22</sup> Dan. 13. D., E. 2011/2048, K. 2017/4154, 21.12.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>23</sup> Bkz. Rauf **Versan**, “Milletlerarası Hukukta Deniz Sınırlarının Yargı Kararıyla Belirlenmesi ve Üçüncü Devletlerin Durumu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), C. 25, S. 2, 2019, s. 1459.

<sup>24</sup> Hartmut **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Baskı, Verlag C. H. Beck, Münih, 2011, s. 5; Guido **Zanobini**, İdare Hukuku Cilt-I, Çev. Atif Akgüç/Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1945, s. 6.

<sup>25</sup> **Zanobini**, s. 7. Yetki kavramı, ayrıca kamu düzenini ilgilendiren bir kavram olduğundan ve kullanım esasları yasal düzenlemelerle belirlendiğinden; örnek olarak “takdir hakkı” biçiminde bir kavramdan bahsetmek söz konusu değildir. Takdir

*işlem yapma hakkı*”, “*idari sözleşme yapma hakkı*”, “*kamulaştırma hakkı*” gibi ifadeler terminolojik açıdan isabetsizdir.

O halde, “*devlet hakkı*” klasik anlamda bir hakkın başka bir hukuk süjesine yöneltilmesi biçiminde anlam bulan<sup>26</sup> bir kavramı ifade etmemektedir. Başka bir deyişle jeotermal kaynaklara ilişkin arama ve işletme faaliyetlerinin icrası bakımından devlet, sahip olduğu hakkı bu faaliyette izinsiz biçimde bulunan kişilere yönelmemektedir<sup>27</sup>. Zira özel hukuk kişilerinin piyasaya girişine açık olan (=yasaklanmamış) çoğu iktisadi faaliyette olduğu gibi<sup>28</sup> kişiler öncelikle yetkili idari makamlardan izin (ruhsat) almakta, sonrasında faaliyete başlamaktadır<sup>29</sup>. Bu anlamda bir faaliyete ilişkin devlet tarafından izin (ruhsat) veriliyor olması, devlet hakkının kullanıldığı anlamına gelmemektedir<sup>30</sup>. Denilebilir ki devlet hakkı; tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetlerinin kural olarak devletin imtiyazında olduğunu gösteren, maden gibi tabii servet ve kaynakların işletilmesine bağlı olarak gelir elde edilmesine yarayan ve mali yönüyle uygulama alanı bulan<sup>31</sup> bir kavramdır. Bu sayede jeotermal kaynak-

---

yetkisinin idari işlemin belirli unsurları bakımından kullanılmasından söz edilecektir. Bkz. İl Han **Özay**, “Kendine Özgü Bir Hukuk Devleti”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 132.

- 26 Şeref **Ünal**, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 41; Pertev **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 79; Tekin **Akılhoğlu**, İnsan Hakları-I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 10.
- 27 Bu nedenle jeotermal kaynakları değerlendirme hak ve yetkisine sahip özel hukuk kişilerinin yükümlülüğü, borç ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülük biçiminde olmayıp (Bkz. S. Sulhi **Tekinay ve diğerleri**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 30-31) kamu hukuku rejimine tabi bir hukuki ilişkiden ileri gelmektedir.
- 28 Özge **Okay Tekinsoy**, “İdarenin Kolluk Faaliyetleri”, İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım), 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 638.
- 29 Madenler gibi tabii kaynaklar üzerinde devletin egemenliği olduğundan; madenlerin işletilmesi vs. faaliyetler açısından devletin tekeli ile ruhsat ve benzeri hukuki müesseselerle özel sektör girişiminin bir arada olduğu bir yolun izlenebileceği hakkında bkz. Serap **Telli**, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, S Yayınları, Ankara 1989, s. 12.
- 30 Sedat **Çal**, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 32.
- 31 Mine **Uzun**, “Türkiye’de Madencilik Sektörünün Vergilendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2014, s. 87.

ların aranması ve işletilmesi yoluyla elde edilen değerlerin sonraki aşamalarda başka hukuki işlemlere konu olması halinde, devletin denetimi de dolaylı olarak sağlanmış olacaktır.<sup>32</sup> Bununla birlikte doktrinde, söz konusu kavramın mali değer boyutuyla yatırımcılara yük getirdiği, bu yönüyle de “*özendirme-destekleme faaliyetini tersine çeviren bir nitelik taşıdığı*”<sup>33</sup> da ifade edilmektedir. Zira burada, “*çıkarılan madenlerden sağlanan kazançlar üzerinden devlete verilen payın*” devlet hakkı olarak somutlaştığı görülmektedir.<sup>34</sup> Bu doğrultuda, jeotermal kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetleri bakımından tesis edilen idari faaliyetlerin hukuki niteliği açıklandıktan sonra, özel hukuk kişileri tarafından bu faaliyetlerin ne şekilde yürütüldüğü ve alınacak idare payının hukuki niteliğinin ne olduğu sorularına yanıt aranacaktır.

## II. JEOTERMAL KAYNAKLARLA İLGİLİ YAPILAN İDARİ FAALİYETLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Toplumsal ihtiyaçların yoğunluğu ve karşılama derecesine bağlı olarak şekillenen idari faaliyetler, zaman içerisinde farklı türlerde ortaya çıkmıştır.<sup>35</sup> Bu kapsamda, genel bir kavram olarak “*idari faaliyetlerde*” farklı rejime tabi tutulabilecek faaliyetlerin varlığı ve bazı faaliyetlerin zaman içerisinde içeriği itibarıyla değişiklik göstermesinden hareketle, faaliyetleri türlere ayırma anlayışı benimsenmiştir.<sup>36</sup> İdari faaliyetlerin genel olarak “*kamu hizmeti faaliyeti*” ve “*kolluk faaliyeti*” biçiminde ayrılmasının dışında, öğretilerde başka faaliyet türlerinin de bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>37</sup> Doktrinde Duran’a göre kamu hizmeti ve idari kolluk faaliyetleri yanında, özendirme-destekleme, planlama ve özyönetim faaliyetleri de bulunmaktadır.<sup>38</sup> Benzer şekilde Günday, idari faaliyetleri “*kamu hizmeti,*

32 **Uzun**, s. 87.

33 Tahir **Öngür/Ümran Serpen**, “Jeotermal Kaynaklar Yasasının Yarattığı Kargaşa”, Jeotermal Enerji Semineri Bildirileri, TMMOB Makina Mühendisleri Odası, İzmir 2009, s. 344.

34 Bünyamin **Çitil**, Tüm Yönleriyle Maden Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 298.

35 Turgut **Tan**, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 346.

36 **Tan**, s. 346.

37 İdarenin faaliyetlerinin idare hukuku konularına etkisi hakkında bkz. Cem **Ayaydın**, İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Basımevi, İstanbul 2008, s. 30.

38 Lütfi **Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 247.

*kolluk, özendirme-destekleme, planlama, milli güvenlik, özyönetim*” faaliyetleri şeklinde sınıflandırılmaktadır<sup>39</sup>. Bu bağlamda jeotermal kaynaklara ilişkin faaliyetlerin hukuki niteliği de genel olarak doktrinde ifade edilen bu faaliyetler çerçevesinde irdelenecektir.

### A. Kamu Hizmeti Faaliyeti Bakımından

Anayasa'nın 168. maddesinde ifade edilen tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olması hususu, bu faaliyetlerin “*hak*” ya da “*imtiyaz*” konusu olma niteliğini vurgulamakla beraber, faaliyetin hukuki niteliği hakkında herhangi bir bilgi içermemektedir. Buna göre bir faaliyet alanının devletin “*hakkı*” olarak nitelendirilmesi yahut kamu yararı boyutunun bulunması, o faaliyetin genel ve ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak bir mal ve hizmet sunumu niteliğinde olduğu manasına gelmemektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetlerinin mal ve hizmet sunumu şeklinde somutlaşan bir “*görev*” olarak devlete “*pozitif yükümlülük*” getirmesinden ziyade, ekonomik ve ticari faaliyet niteliğinde olduğundan söz edilecektir<sup>41</sup>. Bu yönüyle, idari faaliyetler arasında yapılan temel ayırım kapsamında, söz konusu faaliyetlerin toplumun geneline sunulan belirli ilkelere uygun biçimde gerçekleştirilen mal ve hizmet sunumu olarak<sup>42</sup> doğrudan “*kamu hizmeti*” faaliyeti niteliğinde olduğundan bahsedilemez<sup>43</sup>.

Her şeyden önce bir faaliyetin kamu hizmeti faaliyeti olarak tanımlanması, o faaliyeti belirli kamu hizmeti ilkelerine tabi kılacağından<sup>44</sup>, jeoter-

39 Metin **Günday**, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017, s. 19.

40 Aydın **Gülan**, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Lamure Yayınları, İstanbul 2009, s. 166.

41 **Gülan**, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, s. 166.

42 Sıddık Sami **Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-I, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 13.

43 Madenler gibi tabii servet ve kaynakların işletilmesinin kamu hizmetine yaklaşan yönlerinin bulunduğu dair görüşler hakkında bkz. A. Ülkü **Azrak**, “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 68. Madenlerin aranması ve işletilmesinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Pertev **Bilgen**, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 1980, s. 115.

44 Onur **Karahanogulları**, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 189.

mal kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetlerini bu ilkelerle bağdaştırmak mümkün olmayacaktır. Öte yandan Anayasa'nın 168. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, bu gibi tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesiyle dolaylı olarak “*kamu yararı*” elde edilecekse de bu kavramın içerik olarak “*belirsiz*” olmasından hareketle<sup>45</sup> her kamu yararına yönelen faaliyetin mutlak biçimde objektif açıdan kamu hizmeti faaliyeti<sup>46</sup> olarak nitelendirilmesi isabetsizdir. Bununla birlikte jeotermal kaynaklara ilişkin bu faaliyetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesi “*imkanının*” kanun koyucu tarafından sağlanması da faaliyeti kamu hizmeti niteliğine büründürmeyecektir<sup>47</sup>. Zira kamu hizmeti niteliğinde olmakla beraber devletin “*tekeline*” bulunan bazı faaliyetlerin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde özel hukuk kişilerinin girişimine açık bırakılması da mümkündür<sup>48</sup>. Dolayısıyla pozitif hukuk kurallarıyla idarenin tekelinde bulunan bir faaliyetin yaratılıyor olması, faaliyetin hukuki niteliğinin belirlenmesinde tek unsur olarak değerlendirilemez<sup>49</sup>. O halde buradaki kamu yararının, kamusal faaliyetlerin iktisat boyutunun da olduğu gözetilerek<sup>50</sup>; özel hukuk kişilerinin daha verimli biçimde kaynakları kullanabileceği bir alanın temelini oluşturma işlevi gördüğü söylenebilir. Bu-

45 Cem **Ayaydın**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 77.

46 Kamu hizmeti faaliyetlerinin objektif ve sübjektif yaklaşımlar çerçevesinde ele alınması hakkında ayrıca bkz. Stéphane **Braconnier**, Droit des services publics, 2. Baskı, PUF, Paris 2007, s. 125 vd.

47 **Gülen**, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, s. 166.

48 **Bilgen**, Kamu Hizmeti Hakkında, s. 113. Bununla birlikte, burada jeotermal kaynakların değerlendirilmesi kapsamında yapılan faaliyetler dar anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirilmediğinden; “*tekelli-tekelsiz*” kamu hizmeti ayrımından bahsedilmemektedir. Bu ayrım açısından bkz. Bahtiyar **Akyılmaz**/Murat **Sezginer**/Cemil **Kaya**, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayıncılık, Ankara 2018, s. 543. Dolayısıyla idare ile özel hukuk kişisi arasında kamu hizmetinin sunumu aşamasında kurulan bir hukuki ilişki de mevcut değildir.

49 Taner **Ayanoğlu**/Burak **Oder**, “İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 174, 2017, s. 2817.

50 Halit **Uyanık**, “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenirilmesi Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 1151.

nunla birlikte, Türkiye’de jeotermal sahaların belirli sayıda olduğu gözeltildiğinde<sup>51</sup>; bu kaynaklara dair gerçekleştirilecek faaliyetler yönünden fiilen kontenjana tabi olma durumu gündeme gelecektir<sup>52</sup>. Kaynağın doğal niteliğinden ileri gelen bu dışsallık hali<sup>53</sup>, faaliyetin hukuki niteliğinden ziyade yapılma koşulları bakımından belirli hukuki sorunlar doğurmaktadır.

## B. Kolluk Faaliyeti Bakımından

Jeotermal kaynakların kullanılması neticesinde enerji üretiminin sağlanması, fosil kaynaklardan enerji elde edilmesi hususuna nazaran çevreye daha az olumsuz etkide bulunacaksa da bunun nihayetinde idari makamlar tarafından denetlenmesi icap eder<sup>54</sup>. Özellikle jeotermal kaynakların enerji üretimi başta olmak üzere farklı amaçlarla kullanılması<sup>55</sup>, zaman içerisinde bu kaynakların verimli kullanılması gerekliliğini de ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda, yetkili idari makamlar tarafından söz konusu kaynakların hangi amaçla kullanıldığı ve aynı zamanda sınırlı sayıdaki tabii kaynağın hangi şekilde daha verimli işletileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Jeotermal kaynaklar, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan olmakla birlikte, ayrıca arama ve işletme gibi faaliyetlere de konu olabildiğinden; bu faaliyetler özelinde denetim ve koordinasyonun sağlanması görevleri de kural olarak yetkili idari makamlara (Büyükşehirlerde Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıklarına<sup>56</sup> (*YİKOB*), büyükşehir belediyesi bulunmayan illerde ise il özel idarelerine) aittir.

51 Süleyman Çetin, “Yenilenebilir Enerjide Kota Sorunu”, *Enerji Hukuku Dergisi*, S. 2, 2015, s. 129.

52 Esasen piyasaya girişi sınırlaması nedeniyle, kontenjan kısıtlamasına dair uygulamaların ancak bunu zorunlu kılan hallerin varlığı halinde hukuka uygun olabileceği yönünde bkz. Taner Ayanoğlu, *İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 104.

53 Ramazan Armağan, “Kamu Ekonomisinde Dışsallıklar ve Dışsallıkların İçselleştirilmesi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 9, 2003, s. 2.

54 Aysin Turgay Soydan, “Jeotermal Ruhsatlarda Sınır Uyuşmazlıkları”, *Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi*, S. 2, 2013, s. 117.

55 Uluşahin, s. 157; Mertoğlu, s. 33.

56 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 273/1: “Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu, acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi, ilin tanıtımı,

5686 sayılı Kanun'da da bu konuya değinilerek “faaliyetlerin her yıl idare tarafından denetleneceği” ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Keza idare tarafından talep edilmesi halinde MTA aracılığıyla da bu denetimler gerçekleştirilebilecektir<sup>58</sup>. Bunun yanında denetimlerde hangi hususların değerlendirileceği, 5686 sayılı Kanun md. 14 hükmünde somutlaşmaktadır. Buna göre, “kaynağı oluşturan jeotermal sistemin korunması, kaynağın israf edilmemesi ve çevrenin korunması” gibi hususlar, esas olarak inceleme konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyetler bakımından “teknik sorumlu bulundurulmaksızın faaliyette bulunulması”, “yıllık arama ve işletme faaliyet raporlarının ruhsat sahibince iki nüsha olarak idari makamlara verilmemesi” gibi durumlar bakımından da idari makamın, faaliyetin hukuka uygun biçimde sürdürülmesi amacıyla bazı yaptırımları uygulayabildiği görülmektedir. O halde hem kamu malının bütünlüğünün hem de çevrenin korunması hedeflenmekte, bu hususların bozulması halinde idari makamlar tarafından düzenin yeniden sağlanması için müdahaleci yaklaşımlarda<sup>59</sup> bulunmaktadır. Buna göre, idari makamlar tarafından jeotermal kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetlerine yönelik gerçekleştirilecek kolluk faaliyetleri, kamu düzeni unsurlarından ge-

---

gerektiğinde merkezi idarenin taşrada yapacağı yatırımların yapılması ve koordine edilmesi, temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesini gerçekleştirmek üzere valiyeye bağlı olarak kamu tüzel kişiliğini haiz ve özel bütçeli Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı kurulmuştur”. Bu anlamda söz konusu hüküm 5686 sayılı Kanun'un ilgili hükümleriyle bir arada değerlendirildiğinde; jeotermal kaynaklara dair faaliyet sahası oluşturulmasının, “yatırım ve hizmet” boyutuyla ele alındığı söylenebilir.

- 57 5686 sayılı Kanun md. 9/1: “Faaliyetler her yıl idare tarafından denetlenir. Gerektiğinde idarece talep edilmesi halinde MTA tarafından da denetim yapılır. Denetimler, 14 üncü maddede belirtilen hususlar ve diğer maddelerde belirtilen ilkeler dikkate alınarak yapılır. Denetimler için ruhsat sahibi tarafından MTA'ya 1000 Türk Lirası ödenir. Bu miktar, MTA tarafından yıllık ÜFE'ye göre artırılır”.
- 58 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu md. 1: “Hükmi şahsiyeti haiz olmak ve bütün muamelelerinde bu kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile hukuku hususiye ahkamına tabi bulunmak üzere Ankara'da bir M.T.A. Enstitüsü, (Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü) kurulmuştur. M.T.A. Enstitüsü ticari usullere göre idare olunur. Bu enstitünün bütün sarfiyat ve muamelatı, Muhasebe Umumiye, Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunlarına ve Divanı Muhasebatın vize ve murakabesine tabi değildir”.
- 59 Emin Memiş, Çevre ve Çevre İdare Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 25.



nel güvenlik ve dirlik-esenlik unsurlarının sağlanmasını amaçlamaktadır<sup>60</sup>. Dolayısıyla, yetkili idari makamlar tarafından jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyette bulunan kişilerin AY md. 48 hükmü çerçevesinde çalışma hürriyetine müdahale edilerek (=müdahale düzlemi<sup>61</sup>), Anayasa'nın 56. maddesinde ifade edilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının<sup>62</sup> ve 168. madde kapsamında tabii servet ve kaynakların korunması (=koruma düzlemi<sup>63</sup>) hedefleri gerçekleştirilmektedir.

### C. Özendirme-Destekleme ve Özyönetim Faaliyetleri Bakımından

İdari makamların pozitif hukuk kurallarıyla belirlenen görev ve yetkileri kapsamında özel hukuk kişilerini belirli faaliyetleri yapmaya yönlendirmek (=özendirmek) ve bu sayede kamu yararını sağlamak amacıyla yardım ve kolaylıklar temin etmesi özendirme-destekleme faaliyeti olarak ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Bu faaliyet kimi hallerde, yönlendirilen faaliyeti yapan kişilere iktisadi sonuçları olan hukuki araçlarla kazanç sağlamak şeklinde olabileceği gibi, belirli hallerde bazı yükümlülüklerden muaf tutmak biçiminde de gerçekleştirilebilir<sup>65</sup>. 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun<sup>66</sup> (“5346 sayılı Kanun”) md. 1’e göre, “yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının yaygınlaştırılması, bu kaynakların güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması, sera gazı emisyonlarının azaltıl-

60 Özge **Okay Tekinsoy**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 40.

61 Burak **Oder**, “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, Çizgi Basım Yayınevi, İstanbul 2008, s. 247.

62 AY md. 56/1: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”. Sağlık hakkı ve çevre hakkı arasındaki sıkı ilişkinin Anayasa’da somutlaşması, ilgili düzenlemenin kapsamı ve sınırları hakkında bkz. İbrahim Ö. **Kaboğlu**, Çevre Hakkı, İmge Kitabevi, İstanbul 1996, s. 42. Türk anayasa hukuku açısından sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının kapsamı hakkında ayrıca bkz. Burhan **Kuzu**, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997, s. 127 vd.

63 **Oder**, s. 247.

64 **Günday**, s. 23.

65 Melikşah **Yasin**, “İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri”, İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım), 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 602.

66 RG., 18.05.2005, S. 25819.

ması, atıkların değerlendirilmesi, çevrenin korunması” hususlarının sağlanması amacıyla özel hukuk kişilerinin belirli bir faaliyeti yapmaya yönlendirildiği görülmektedir. Bunun yanında 5346 sayılı Kanun kapsamında yapılacak “enerji üretim tesis yatırımları” Cumhurbaşkanlığı kararı ile teşviklerden yararlandırılabilir<sup>67</sup>. Keza 5686 sayılı Kanun md. 12/8 kapsamında “jeotermal kaynak dağıtım ve üretimini yapan şirketler sanayi kuruluşu ve atık arıtma kuruluşu olarak değerlendirilirler. Bu değerlendirilmeye göre başta elektrik tarifeleri olmak üzere sanayi kuruluşları ve atık arıtma kuruluşlarına tanınan tüm teşvik ve haklardan yararlanırlar”.

Özendirme-destekleme faaliyeti, doktrinde Gür’ün ifade ettiği üzere, “saf özendirme-destekleme faaliyeti, kamu hizmetini tamamlayıcı özendirme-destekleme faaliyeti, kolluk faaliyetini tamamlayıcı özendirme-destekleme faaliyeti” olarak kategorilere ayrılmaktadır<sup>68</sup>. Jeotermal kaynaklara ilişkin olarak değerlendirme yapıldığında, bu kaynakların aranması ve işletilmesi doğrudan kamu hizmeti faaliyeti niteliğinde olmadığı için; idari makamlarca yapılacak özendirme-destekleme faaliyetinin “saf özendirme-destekleme faaliyeti<sup>69</sup>” niteliğinde olduğundan bahsedilebilir. Zira bu konuda gerçekleştirilecek idari faaliyetler yönünden idare, faaliyeti yaptıktan çekildiğinde özel hukuk kişileri bu faaliyeti yapmak için sektöre dahil olmaktadır. Genel olarak bu kaynakların işletilmesi ve aranmasıyla kamu yararı çıktısı sağlanmış olacağından dolayı biçimde bu çıktının elde edilmesi, kamu hizmeti faaliyetinin tamamlayıcısı niteliğinde olmadan<sup>70</sup>

67 5346 sayılı Kanun md. 7/1: “Yenilenebilir enerji kaynaklarını kullanarak sadece kendi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla azami bin kilovatlık kurulu güce sahip izole elektrik üretim tesisi ve şebeke destekli elektrik üretim tesisi kuran gerçek ve tüzel kişilerden kesin projesi, planlaması, master planı, ön incelemesi veya ilk etüdü DSİ veya EİGM tarafından hazırlanan projeler için hizmet bedelleri alınmaz. Bu Kanun kapsamında; a) Enerji üretim tesis yatırımları, b) Kullanılacak elektro-mekanik sistemlerin yurt içinde imalat olarak temini, c) Güneş pilleri ve odaklayıcı üniteler kullanan elektrik üretim sistemleri kapsamındaki yapılacak AR-GE ve imalat yatırımları, d) Biyokütle kaynaklarını kullanarak elektrik enerjisi veya yakıt üretimine yönelik AR-GE tesis yatırımları, Cumhurbaşkanlığı kararı ile teşviklerden yararlandırılabilir”.

68 Necip Taha Gür, İdarenin Özendirme Destekleme Faaliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 89.

69 Gür, s. 89.

70 Gür, s. 90.

özendirme-destekleme faaliyetinin saf biçimde yapıldığını göstermektedir.

Bunun yanında, idari makamlar faaliyetlerini icra ederken bütçe, mal ve personeliyle bir bütün olarak faaliyetlerini sürdürmekte olup<sup>71</sup> bu unsurlardan ne şekilde yararlandırıldığı (bu unsurların ne şekilde kullanıldığı) geri planda idari faaliyetlerin çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu anlamda devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir malın ne şekilde kullanıldığı ve dolaylı olarak kamu yararının ne şekilde ortaya çıktığı sorularının da cevaplanması gerekir. Bu doğrultuda, idari makamların bu kaynakların işletilmesi noktasında kamu malının kullanılması ve sağlanan dolaylı kamu yararı çıktısına (=idarenin mali yararı veya ekonomik yararı değil<sup>72</sup>) bağlı olarak, “rasyonel biçimde” ilgili tabii kaynaklardan yararlandırılması suretiyle özyönetim faaliyetinde bulunduğu da ifade edilebilir<sup>73</sup>. Zira doktrinde Duran’ın vurguladığı üzere, “kamu mallarının, idari faaliyetlerdeki yeri ve rolü göz önüne alınırsa, iç yönetim ve denetim işlerinin özenle düzenlenmesi ve izlenmesi gereği kendiliğinden ortaya çıkar”<sup>74</sup>. Belirli hallerde ise jeotermal kaynakların kullanılması yasal düzenlemeyle zorunluluk haline getirilmiş olabilir. Örneğin, 5686 sayılı Kanun md. 15 kapsamında “ruhsat terki” söz konusu olduğunda “idareye intikal eden varlıkların ihale yoluyla satışı yapılarak gerekli ruhsatlandırma” yapılacaktır. Bu anlamda idare, intikal eden malların yeniden işletilmesi ve değerlendirilmesi hususunda harekete geçme<sup>75</sup> ve gerekli hukuki işlemleri tesis etme yükümlülüğü altındadır. Yahut idari makamlar açısından da jeotermal kaynakların kullanılması hususunda yasal düzenlemeyle yükümlülük getirilmiş olabilir. Nitekim 5346 sayılı Kanun md. 7/2 kapsamında yeterli jeotermal kaynakların bulunduğu bölgelerdeki valilik ve belediyelerin sınırları içinde kalan yerleşim birimlerinin ısı enerjisi ihtiyaçlarının önce-

71 **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 9.

72 Halit **Uyanık**, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 20.

73 Bkz. **Ayaydın**, İdare Hukukuna Giriş (II), s. 352-353.

74 **Duran**, s. 374.

75 Cemil **Kaya**, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 95.

likle jeotermal ve güneş termal kaynaklarından karşılamlarının esas olduğu ifade edilmiştir<sup>76</sup>. Bununla birlikte, bu durum diğer enerji kaynaklarına yönelik yatırım yapılmasını yahut bu konuda ihale yapılmasını engellemeyecektir<sup>77</sup>.

## II. JEOTERMAL KAYNAKLARI ARAMA FAALİYETLERİ

5686 sayılı Kanun çerçevesinde “faaliyet”, “jeotermal kaynakların aranması, geliştirilmesi, işletilmesi ve terk edilmesi ile jeotermal ve doğal mineralli suların kullanılması hususundaki işlemler” olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda jeotermal kaynaklara dair önemli faaliyetlerden birisi de arama faaliyeti olarak ifade edilmektedir. Gerçekten jeotermal kaynakların nerede olduğunun bilinmesi, bu kapsamda yapılacak yatırımların içeriğini ve niteliğini de etkileyecektir. Bu bağlamda kaynakların bulunmasına yönelik daha öncesinde arama faaliyeti yapılmaksızın işletme faaliyetinde bulunulması düşünülemez. Bu nedenle arama faaliyetlerinin içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

### A. Arama Faaliyetinin Kapsamı

5686 sayılı Kanun kapsamında arama faaliyeti, “jeotermal sistemden akışkan elde etmek amacıyla jeolojik araştırmalarla başlatılan, jeokimyasal ve jeofizik çalışmalarla desteklenen, yapılan tüm çalışmalara ait verilerin değerlendirilmesi sonucu belirlenen lokasyon veya lokasyonlarda amaç ve tekniğine uygun olarak jeolojik takiple açılan sondaj çalışmaları ile üretime yönelik test çalışmalarını da içeren projede belirtilen faaliyetler bütünü” ifade etmektedir. Dolayısıyla arama faaliyetinde, jeotermal sistemden akışkan bir kaynağın (malın) elde edilmesi amacıyla üretime yönelik test çalışmalarını da içeren bir faaliyet gerçekleştirilmektedir. Ayrıca genel olarak 3213 sayılı Maden Kanunu’nda<sup>78</sup> yer verilen maden

<sup>76</sup> 5686 sayılı Kanun md. 7/2: “Yeterli jeotermal kaynakların bulunduğu bölgelerdeki valilik ve belediyelerin sınırları içinde kalan yerleşim birimlerinin ısı enerjisi ihtiyaçlarını öncelikle jeotermal ve güneş termal kaynaklarından karşılamları esastır”.

<sup>77</sup> “(...) jeotermal enerjinin ısınma alanında kullanılmasına karşın doğalgazın kullanım alanlarının daha geniş olduğu, jeotermal enerjinin doğalgaz ile aynı bölgede kullanılması konusunda yasal bir engelin bulunmadığı, böyle bir engelin enerji kaynakları arasında rekabeti ve tüketicilerin maliyeti düşük olan enerji kaynağını tercih etme hakkını ortadan kaldıracığının anlaşıldığı...”. Dan. 13. D., E. 2008/8904, K. 2011/59, 17.01.2011, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>78</sup> RG., 15.06.1985, S. 18785.

arama faaliyetine benzerlik gösterse de özel kanunda yer alan özel bir düzenleme olmasından ötürü, jeotermal kaynakların aranması açısından bu hükmün öncelikle uygulanması esastır.

Jeotermal kaynakların aranması faaliyeti, sonrasında yapılacak işletme faaliyetleri ve bu alana yönelik teknolojik çalışmaların yapılması gibi hususlar bakımından ilk aşamayı oluşturmaktadır. Bunun yanında fosil kaynakların bir kısmının artan enerji tüketiminden ötürü zaman içinde tükenebileceği öngörüsü, jeotermal kaynaklar gibi yenilenebilir enerji kaynaklarının aranması faaliyetinin önemini artırmaktadır<sup>79</sup>. Artan bu önem karşısında arama faaliyetini gerçekleştirecek özel hukuk kişileri ile arama yapılacak taşınmazın maliki arasında uyuşmazlık çıkması halinde, arama ruhsatı sahibinin talebi üzerine jeotermal sahalarda irtifak hakkı kurulabileceği de ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Bu anlamda dolaylı açıdan kamu yararının sağlanması düşüncesiyle idari makamlara bu konuda kamu gücü kullanılmak üzere bazı yetkilerin verildiği görülmektedir. Ayrıca gerekli hallerde bazı taşınmazların jeotermal kaynakların aranması adına tahsis amacının değiştirilmesi de söz konusu olabilmektedir<sup>81</sup>. Esasen arama faaliyetinin önemine binaen genel anlamda tabii kaynak ve servetlerin bulunmasına yönelik faaliyet göstermek üzere kurulan Maden Tetkik ve Arama

79 Arda **Zaim/Hande Çavşı**, “Türkiye’deki Jeotermal Enerji Santrallerinin Durumu”, Mühendis ve Makina, C. 59, S. 691, 2018, s. 46.

80 Ayrıca 5686 sayılı Kanun md. 12’ye göre, “(...) İrtifak ve kamulaştırma işlemleri, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yürütülür. İrtifak ve kamulaştırma bedelleri ve masrafları ruhsat sahibince ödenir. Kamulaştırılan taşınmaz, tapuya idare adına tescil edilip, faaliyetler devam ettiği sürece ruhsat sahibi adına tahsis edilir...”.

81 4342 sayılı Mera Kanunu’nun “Tahsis Amacının Değiştirilmesi” başlıklı 14. maddesinde, “Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlakta bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden; a) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının talebi üzerine, 3213 sayılı Maden Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu ile 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu hükümlerine göre, arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyeti ile jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular için zaruri olan, (...) Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir...” hükmü yer almaktadır.

Genel Müdürlüğü (MTA), 1962 yılından itibaren bu doğrultuda (=jeotermal enerji kaynaklarına yönelik biçimde) çalışmalarına başlamıştır<sup>82</sup>. Bu kapsamda pek çok jeotermal saha tespit edilerek, buradan elde edilen kaynaklar farklı maksatlarla kullanılmaya başlanmıştır. Faaliyetin taşıdığı özellikler bu kapsamda belirtildikten sonra, yapılması için gerekli olan şartların neler olduğu irdelenecektir.

## B. Arama Ruhsatı

Jeotermal kaynaklara ilişkin faaliyetlerin özel hukuk kişileri tarafından icra edilebilmesi için ilgili idari makamlardan 5686 sayılı Kanun çerçevesinde ruhsat alma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu ruhsat verme işlemi, organik anlamda idari makamlar tarafından idari fonksiyonun yerine getirilmesi maksadıyla yapılan ve kamu gücü kullanımı içeren bir idari işlem olarak ifade edilebilir<sup>83</sup>. Şüphesiz, jeotermal kaynakların aranması noktasında özel kişilerinin talepte (müracaatta) bulunması ve devamında idari makamların ilgili konuyu değerlendirmeye tabi tutarak öncelik esasını da gözetmek kaydıyla idari işlem tesis etmesi gündeme gelecektir<sup>84</sup>. 5686 sayılı Kanun md. 5 uyarınca, “*arama ruhsatı müracaatları, talep sahibi tarafından 1/25000 ölçekli pafta adı ve koordinatları belirtilerek beş bin hektarı geçmeyecek şekilde arama projesi ile birlikte idareye yapılır*”. Talebe bağlı biçimde yapılan bu idari işlemler açısından, sözleşme niteliğinde bulunmak mümkün değildir<sup>85</sup>. Zira idare, burada kaynakların etkin kullanımı noktasında değerlendirme yapmakta ve ruhsat verme işlemini tek yanlı irade açıklamasını ileri sürerek gerçekleştirmektedir<sup>86</sup>. Bunun yanında jeotermal kaynakların aranması faaliyeti doğrudan

82 Bkz. Hüseyin **Erkul**, “Jeotermal Enerjinin Ekonomik Katkıları ve Çevresel Etkileri: Denizli-Kızıldere Jeotermal Örneği”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 10, S. 19, 2012, s. 121; Hayrullah **Dağistan**, “Jeotermal Enerji Arama Projelerinde Atılım”, *MTA Doğal Kaynaklar ve Ekonomi Bülteni*, S. 4, 2007, s. 10.

83 **Çal**, s. 36.

84 **Çitil**, *Tüm Yönleriyle Maden Hukuku*, s. 399.

85 Talebe bağlı olarak tesis edilen bu gibi işlemlerin idari işlem özelliğini kaybetmediği ve sözleşme niteliğinde olmadığı hakkında bkz. H. Nuri **Yaşar**, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 253.

86 **Çal**, s. 36.

kamu hizmeti faaliyeti olarak değerlendirilemeyeceğinden<sup>87</sup> faaliyetin yapılması için aranan bir şart olarak ruhsat (izin), “*kolluk ruhsatı*” şeklinde nitelendirilmelidir.

Arama ruhsatının verilmesi aşamasında değerlendirilen hususlar, faaliyetin gerçekleştirileceği alanda başka özel hukuk kişilerinin aynı faaliyeti icra edip etmediği ile o alanda faaliyet icra edilmesi için aynı anda birden fazla talepte bulunulması noktalarında toplanmaktadır. Bu değerlendirme sürecinde idare, arama faaliyetinin yapılacağı alana ilişkin talepleri, önceki taleplerle çakışmaması adına Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü<sup>ne88</sup> (MAPEG) bildirir. İhtimal olarak arama yapılacak faaliyet alanları arasında çakışma hali yoksa, ruhsatın verilmesi yoluna gidilmektedir. Bununla beraber, arama faaliyetinin yapılacağı alanlar çakışıyorsa; bu halde, çakışan sahaların çıkarılarak ruhsatın ilgili özel hukuk kişisine verilmesi gerekir<sup>89</sup>. Dolayısıyla tabii kaynakların kendisinden ileri gelen sınırlılık hali, alanlarda faaliyette bulunacak kişilerin sayısı bakımından da söz konusudur.

87 Bu doğrultuda, burada faaliyetin kendisi kamu hizmeti olmadığından, idari makamlar tarafından ruhsatın geri alınarak hizmetin sunumunun devam ettirilmesi şeklinde somutlaşan bir durumdan da bahsedilemez. Ayrıca bkz. Yıldırım **Uler**, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 15, 1998, s. 255.

88 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (4 sayılı CBK) md. 766: “*Mevzuatla verilen görevleri yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğine sahip, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı, merkezi Ankara’da olan, özel bütçeli, kısa adı MAPEG olan Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur*”. 4 sayılı CBK md. 768: “*Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkileri şunlardır: (...) e) Tabii kaynakların verimli ve etkin kullanımını sağlamak üzere, kamu kurum ve kuruluşları ile ruhsat, sertifika ve izin sahiplerinin ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini denetlemek, denetimlerin etkin olması amacıyla gerekli mali harcamaları yapmak, gerektiğinde hizmet satın almak ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla protokol yapmak, f) Tabii kaynak açısından sahaların potansiyelini tespit etmek ve potansiyel olarak tespit ettiği sahaları ilanla açık artırmaya ve ihaleye çıkarıp arama ruhsatı vermek, ihalelik sahalardaki rezervin tespitine yönelik olarak gerekli çalışmaları yapmak ve yaptırmak, gerektiğinde hizmet satın almak ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla protokol yapmak...*”.

89 Aksi halde söz konusu kaynaklardan yararlanma noktasında özel hukuk kişilerinin birbirlerinin alanlarına müdahale etmesi durumu gündeme gelebilecektir. **Turgay Soydan**, s. 119.

Arama ruhsatları, özel hukuk kişilerine faaliyeti icra etme noktasında süreli bir imkan sağlamaktadır<sup>90</sup>. Arama dönemi süresi, özel hukuk kişileri yönünden “*üç yılla*” sınırlı olarak ifade edilmektedir. 5686 sayılı Kanun kapsamında bu sürenin belirli hallerde, süre uzatımına dair gerekçelerin ortaya konulması kaydıyla<sup>91</sup> “*bir yıl*” için uzatılması da öngörülebilir. Ruhsata dair öngörülen sınırlı süre, kaynakların aranması ve alanın ne şekilde değerlendirildiğiyle ilgili bir durum olarak belirtilebilir. Zira amaç, bu kaynakların etkin ve verimli biçimde değerlendirilmesi olduğundan süresiz biçimde ruhsat verilmesi veya bu ruhsatların uzatılması hallerinde, arama faaliyetini daha verimli gerçekleştirecek özel hukuk kişilerinin girişi engellenmiş olacaktır<sup>92</sup>. Bu nedenle ruhsatın verileceği alanın bu yolla “*değerlendirildiğinden*” bahsedilebilecektir<sup>93</sup>. Ne var ki, bu süreçte arama faaliyeti dışında kural olarak başka faaliyetlerin yapılması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, her arama ruhsatı sahibi doğrudan diğer faaliyetleri yapmak hususunda da yetki sahibi olamayacaktır. Ancak, 5686 sayılı Kanun md. 5/4 uyarınca arama ruhsatı sahibi kişiler, “*çevrenin kirletilmemesi şartıyla idarenin bilgisi dahilinde test amaçlı üretim*” yapılabilirler<sup>94</sup>.

### III. JEOTERMAL KAYNAKLARI İŞLETME FAALİYETLERİ

Jeotermal kaynakların değerlendirilmek suretiyle dolaylı olarak kamu yararı sağlanması bakımından arama faaliyetlerinin yapılmasının yanında, bulunan kaynakların işletilmesi de önem arz etmektedir. Nitekim bu faaliyetin yapılması bakımından söz konusu olan usul ve esasların 5686 sayılı Kanun'da düzenlendiği görülmektedir. Arama faaliyetlerinde olduğu gibi işletme faaliyetlerinde de “*işletme ruhsatı*” alınması, faaliyetin icra edilebilmesi bakımından gereklilik arz etmekte olup bu ruhsatın alınması için, ilgili kişiler tarafından idareye başvuruda bulunulması gerekmektedir

<sup>90</sup> Dan. 8. D., E. 2013/9122, K. 2014/2265, 21.03.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>91</sup> Dan. 13. D., E. 2014/1439, K. 2014/2485, 13.06.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>92</sup> Dan. 8. D., E. 2016/5241, K. 2017/661, 08.02.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>93</sup> Dan. 8. D., E. 2012/7722, K. 2014/2288, 24.03.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>94</sup> Bkz. Dan. 14. D., E. 2018/1684, K. 2018/5063, 04.07.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.



(=*isteğe bağlı idari işlem tesisi*<sup>95</sup>). Büyükşehirlerin zaman içerisinde sayıca artması ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>96</sup> (6360 sayılı Kanun) kapsamında büyükşehir belediyesi kurulan illerde il özel idarelerinin kaldırılması nedeniyle<sup>97</sup> daha önce il özel idaresi uhdesinde bulunan yetkilerin, büyükşehir belediyesi kurulan illerde YİKOB'ların eline geçtiğinden bahsedilebilir.

5686 sayılı Kanun md. 6/1 uyarınca, "*arama ruhsatı sahibinin, arama ruhsat süresinin son günü akşamına kadar işletme projesi ile idareye işletme ruhsatı başvurusunda bulunması halinde işletme ruhsatı verilir ve varsa tespit edilen bloke alanıyla birlikte MAPEG'e bildirilir*". Bu anlamda söz konusu düzenleme doğrultusunda işletme ruhsatı başvurusunda bulunulması için arama ruhsatı sahibi olunması ve bu ruhsatın süresinin tamamlanmamış olması gerekmektedir. Bununla birlikte işletme ruhsatı talebinde bulunan kişiler idari makamlarca istenen gerekli belgeleri sunamamaları halinde, talebin reddi işlemiyle karşı karşıya kalacaklardır<sup>98</sup>. Şayet tüm belgeler tamamlanarak yetkili idari makamlardan işletme ruhsatı alındıysa 5686 sayılı Kanun md. 6/4'e göre; "*işletme ruhsatı süresi otuz yıldır. Süre sonunda ruhsat sahibinin talep etmesi durumunda onar yıllık dönemler halinde uzatılır. Süre uzatımları MAPEG'e bildirilir*". Bu anlamda MAPEG, işletme ruhsatı uzatım taleplerinin ve tespit edilen bloke alanların bildirildiği idari makam olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bildirimim jeotermal kaynakların işletilmesi noktasında, birden fazla işletme ruhsatı sahibinin faaliyetleriyle birbirini engellemesi ve kaynakların daha etkin biçimde kullanılmasının sağlanması yönünden faydalarının bulunduğu ifade edilebilir.

Jeotermal kaynakların işletilmesinde sürekliliğin sağlanması ve bu yolla kaynaklarda değerlendirmenin yapılması amacıyla, işletme ruhsatı sahiplerine yönelik bazı yükümlülüklerin getirildiği görülmektedir. Özel hukuk kişilerinin işletme ruhsatının dönemi içerisinde işletme faaliyeti

95 **Günday**, s. 133.

96 RG., 06.12.2012, S. 28489.

97 6360 sayılı Kanun md. 1/5: "*Birinci, ikinci ve dördüncü fıkrada sayılan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır*".

98 İzmir BİM. 7. İDD., E. 2020/1444, K. 2020/1652, 24.12.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

icra etmeye başlama ve idari makamlardan belirli konularda izin alma zorunluluğu<sup>99</sup>, bu yükümlülükler için örnek olarak gösterilebilir. Bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesi durumuna 5686 sayılı Kanun'un bazı hukuki sonuçları bağladığı görülmektedir. Buna göre, “*işletme ruhsatı sahibi, projesinde belirtilen süre içinde işletmeye geçmez veya herhangi bir sebeple işletme ruhsatının iptal edilmesi durumunda teminat irat kaydedilir ve saha idare tarafından ihaleye çıkarılır*”. Dolayısıyla jeotermal sahanın işletiminin “boş” bırakılması yahut işletme ruhsatının iptal edilmesinden sonra belirli bir süre beklenilmesi biçimde tezahür eden hususlar gündeme gelmemektedir<sup>100</sup>. Kural, bu kaynakların işletilerek milli servete katkı sağlanması olduğundan bunun devamlı biçimde gerçekleştirilmesi hedeflenmiş ve bu doğrultuda ruhsat iptali, sahanın işletilmeyerek fiilen boş bırakılması ve ruhsat terki gibi hususlarda idari makamlara ihale yapılması konusunda yükümlülük getirilmiştir<sup>101</sup>.

#### IV. İHALELERİN YAPILMASI USULLERİ

İdari makamların belirli faaliyetlerin yapılmasını sağlamak için mal ve/veya hizmete ihtiyaç duyması halinde, ihale sürecini işleterek buna yönelik işlemleri tesis etmesi gerekmektedir<sup>102</sup>. Bu anlamda bir malın/hizmetin alınması ya da bir malın satılması gibi hususların yanında değerlendirilmesi yönünden de ihale işleminin tesis edilebileceği ifade edilebilir<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> 5686 sayılı Kanun md. 6/2: “*İşletme ruhsatı sahipleri, işletme faaliyetine geçmek için ilgili kurumlardan gerekli izinleri almakla yükümlüdür*”. 5686 sayılı Kanun md. 6/4: “*İdareden izin alınmaksızın, projede yer alan herhangi bir kuyunun yenilenmesi, sayısının ve kapasitesinin artırılması, enjeksiyon, reenjeksiyon, üretim amaçlı tüm sondaj faaliyetleri ile diğer proje değişiklikleri ve revizyonları yapılamaz. İdare, gerekli görülen hallerde, bedelini ödemek kaydıyla, MTA'dan değerlendirme isteyebilir*”.

<sup>100</sup> Benzer bir durum, 5686 sayılı Kanun md. 8 çerçevesinde mücbir sebep veya beklenmeyen hallerin ortadan kalkmasına binaen süresi içinde faaliyete geçilmemesi durumu bakımından da gündeme gelmektedir. Bu durumda da faaliyete süresi içinde geçilmemesi halinde verilen ruhsatın iptali yoluna gidilerek yeniden ihaleye çıkılması gereğinden bahsedilebilir.

<sup>101</sup> Söz konusu kamu ihaleleri yapılırken, hazırlık aşamasında uyulması gereken işlemler hakkında bkz. Meltem **Kutlu**, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1997, s. 92.

<sup>102</sup> Ali D. **Ulusoy**, Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 621.

<sup>103</sup> Kamu ihalelerinin dar anlamda kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin gördürülmesinin sağlanması yanında kamu yararına yönelik başkaca amaçlarla yapılmasının bu kavramın önemini artıran ve çok boyutlu olmasını sağlayan

İhale sürecinin sonunda idari makamlar tarafından bir seçim yapılacağından<sup>104</sup>, kaynağın en verimli şekilde işletilebileceği, en hızlı ve en fazla yatırımı yaparak getiri sağlayacak seçeneğin belirlenmesi icap etmektedir. Buna ilişkin olarak yasal düzenlemelerde bazı tanımlamaların yapıldığı görülmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>105</sup> (2886 sayılı Kanun) md. 3 kapsamında ihale, “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri*” ifade etmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda<sup>106</sup> (4734 sayılı Kanun) ise ihale, “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler*” şeklinde tanımlanmıştır. Genel olarak yapılacak kamu ihalelerinin tabi olduğu usul ve esasları gösteren yasal düzenlemeler bu şekilde sayılabilirse de özel kanunlarda da ihalelere ilişkin özel bazı düzenlemeler yer almaktadır<sup>107</sup>.

### A. Yapılacak İhalelerin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar

5686 sayılı Kanun’a bakıldığında “*ihale*” kavramı yönünden ayrı bir düzenlemeye yer verildiği ve geniş anlamda ihale kavramının<sup>108</sup> esas alındığı görülmektedir. Buna göre, “*herhangi bir sebeple hükümden düşmüş, terk edilmiş veya taksir edilmiş ruhsatlar, İdarece ihale yoluyla aramalara ve işletmeye açılır. İhale ilanı Resmî Gazete’de yayımlanır. İhale süresi içinde müracaat olmaması halinde ruhsat alanları başka bir işleme gerek kalmaksızın idare tarafından MAPEG’e bildirilerek arama ve işletme müracaatlarına açık hale gelir*”. Bu bağlamda jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyetlerin icrası bakımından şart olarak aranan ruhsatların bir şekilde iptal edilmesi yahut terk edilmesi sonucu ihale yapılması hususunda idare,

---

faktörlerden olduğu yönünde bkz. Dilşat **Yılmaz**, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2014, s. 6.

<sup>104</sup> **Ulusoy**, Türk İdare Hukuku, s. 621.

<sup>105</sup> RG., 10.09.1983, S. 18161.

<sup>106</sup> RG., 22.01.2002, S. 24648.

<sup>107</sup> **Ulusoy**, Türk İdare Hukuku, s. 627.

<sup>108</sup> Ozan **Can**, Kamu İhale Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 3-4.

“bağlı yetki”<sup>109</sup> içerisinde”<sup>110</sup>. Jeotermal sahalar, koordinatları da gösterilmek suretiyle kaynakların verimli ve etkin şekilde değerlendirilmesi amacıyla<sup>111</sup> ihalelere konu olmakta ve sonuç olarak ihale üzerine bırakılan kişi tarafından ruhsatla faaliyetin yapılması söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda işletme ruhsatı verilmesi için bir jeotermal saha ihaleye konu edilebileceği gibi<sup>112</sup>, arama ruhsatlı bir jeotermal sahanın belirli hallerde ayrıca ihaleye konu olması<sup>113</sup> da mümkündür. Bu durumun, kaynakların değerlendirilmesi noktasında fayda sağlamasının yanında, kaynakların sürdürülebilir biçimde kullanılması noktasında sorun yaratabileceği de ifade edilebilir<sup>114</sup>. Zira yapılan ihaleler neticesinde en hızlı ve en fazla yatırımı yapmayı taahhüt eden kişi, sonrasında bu bedeli geri elde edebilmek adına jeotermal enerji santrali kurarak azami düzeyde fayda sağlamaya ve kar elde etmeye çalışmaktadır<sup>115</sup>.

Yapılan ihalelerde bir mal ve/veya hizmet alımı söz konusu olmadığından, 4734 sayılı Kanun’un uygulama imkânı bulunmamaktadır.

- 
- 109 Kuramsal olarak idarenin belirli faaliyet sahalarında seçme imkanı bulunmaksızın harekete geçme ve karar alma zorunluluğu, genel olarak bağlı yetki içinde olmasını ifade etmektedir. Yıldızhan **Yayla**, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 195. Ayrıca bkz. **Kaya**, s. 89. Bu çerçevede jeotermal kaynaklara dair alınmış olan ruhsatların terki, hükümden düşmesi veya taksir edilmesi durumlarında ihale yapılması için, idarenin harekete geçmek ve karar almak zorunluluğu mevcut olup hareket serbestisinden, takdir payından ya da seçme imkanından bahsedilemeyecektir.
- 110 Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu Uygulama Yönetmeliği md. 17/1: “Herhangi bir sebeple hükümden düşmüş, terk edilmiş veya taksir edilmiş, arama ve işletme ruhsatları, İdare tarafından en geç altı ay içinde ihale yoluyla arama ve işletmeye açılır. İdare tarafından gerçekleştirilecek ihalelere ilişkin ilanlar Resmî Gazete’de yayınlanır. İhale ilan süresi içerisinde ihaleye müracaat olmaması halinde arama ve işletme ruhsat alanları başka bir işleme gerek kalmaksızın ihale gününü takip eden ilk iş günü aramalara açık hale gelir. Bu durum MAPEG’e onbeş gün içerisinde bildirilir”.
- 111 Hakkı **Yıldırım**/Gökhan **Gelişen**, “Belediye Kaynaklarının Etkin ve Verimli Kullanılmasında İhale Yönetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 6, S. 11, 2016, s. 115.
- 112 Bkz. RG., 24.09.2021, S. 31608.
- 113 Dan. 8. D., E. 2019/8663, K. 2020/835, T. 14.02.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 04.07.2022.
- 114 Ümran **Serpen**, “Türkiye’de Jeotermal Endüstri’nin Gidişatı”, 13. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Bildiriler Kitabı, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Yayınları, İzmir 2011, s. 184.
- 115 **Serpen**, s. 184.

Başka bir deyişle, burada idari makamlar kamu mallarından daha iyi faydalanabilmek ve getiri sağlamak amacıyla ihale yoluyla bazı faaliyetleri özel hukuk kişilerine açmaktadırlar<sup>116</sup>. Dolayısıyla yapılacak ihaleler bakımından 2886 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine bakmak icap eder. Bunun yanında kamu ihaleleri için dikkate alınması gereken ihale ilkelerinin, jeotermal kaynak sahalarına dair yapılan ihaleler açısından da geçerli olduğu söylenebilir<sup>117</sup>. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara göre, “*idare, 2886 sayılı Kanun'da yer alan ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması ilkelerine göre ihaleyi gerçekleştirmek zorundadır. Yeterli rekabetin sağlanamaması hâlinde ihalenin ana amacının gerçekleştirilemeyeceği ve dolayısıyla ihaleden beklenen faydanın sağlanamayacağı açıktır*”<sup>118</sup>. Dolayısıyla 2886 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde, “*rekabet, saydamlık, eşit muamele, gizlilik, kamuoyu denetimi*” gibi ilkelerin gözetilmesi gerekmektedir<sup>119</sup>. Doktrinde Özkan'ın ifade ettiği üzere, bu ilkelere hem ilgili idari makamın hem de ihale isteklilerinin uyması neticesinde ihale düzeni korunarak düzenli/iyi idare de sağlanmış olacaktır<sup>120</sup>.

## B. İlgili İhale Usullerinin Ortaya Konulması

2886 sayılı Kanun md. 1 çerçevesinde “*genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin (...) mülkiyetin gayri ayni hak tesisi (...) bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür*”. 2886 sayılı Kanun'da söz konusu işler kapsamında “*kapalı teklif usulünün*” uygulanması esastır<sup>121</sup>. Doktrinde 4734 sayılı Kanun'da öngörülen “*açık ihale usulü*” ile 2886 sayılı Kanun'da belirtilen “*kapalı teklif usulünün*”

116 Nurdoğan Ünal/Mesut Erol, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 31-32.

117 Gürsel Özkan, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 163.

118 Dan. 13. D., E. 2021/3629, K. 2021/3183, 06.10.2021, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

119 Bkz. Dan. 13. D., E. 2021/2097, K. 2021/2833, 14.09.2021, (<https://www.kazanci.com.tr>, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), E.T. 02.02.2022; Dan. 8. D., E. 2019/411, K. 2021/2034, 01.04.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022. Ayrıca bkz. Yeliz Neslihan Akel, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 311.

120 Özkan, s. 163.

121 2886 sayılı Kanun md. 36/1: “*Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulü esastır*”.

birbirini karşılayan usuller olduğu ifade edilmektedir<sup>122</sup>. İsteyen herkesin teklif verebildiği<sup>123</sup> kapalı teklif usulünde ilan yapılması zorunlu olup<sup>124</sup> istekliler tarafından verilen yazılı teklifler, açılma saatinde sırasıyla açılarak (dış zarflar ve iç zarflar) ihale sonuçlandırılır. Jeotermal kaynak sahalarına dair yapılan bazı ihalelerde bu usulün uygulandığı görülmektedir. Örnek olarak, “*Aydın İli sınırları içerisindeki belirli jeotermal kaynak arama ruhsat sahalarının ihale yolu ile devri yapılması*<sup>125</sup>”, kapalı teklif ve arttırma usulü uygulanarak gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte, 2886 sayılı Kanun uyarınca “*Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı işlerden, tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler açık teklif usulüyle yapılabilir*”. Dolayısıyla jeotermal kaynaklara ilişkin olarak yapılan ihaleler belirli hallerde “*açık teklif usulü*” ile de gerçekleştirilebilir<sup>126</sup>. Nitekim “*Bolu İli, Merkez İlçesi, Yeşiltepe Köyü hudutları içerisinde ER:3367042 erişim numaralı jeotermal kaynak arama ruhsatı*<sup>127</sup>”, “*Yalova İli, Merkez ve Çiftlikköy İlçesi sınırları içerisinde yer alan belirli jeotermal kaynak arama sahalarının ihalesi*<sup>128</sup>”, “*Yozgat İli sınırları içinde iki sahada jeotermal kaynak arama haklarının*

122 **Oder**, s. 590.

123 Halil **Kalabalık**, İdare Hukuku Cilt-II, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 246.

124 2886 sayılı Kanun md. 18: “*İlanlarda aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur. a) İhale konusu olan işin niteliği, yeri ve miktarı, b) Şartname ve eklerinin nereden ve hangi şartlarla alınacağı, c) İhalenin nerede, hangi tarih ve saatte ve hangi usulle yapılacağı, d) Varsa tahmin edilen bedel ve geçici teminat miktarı, e) İsteklilerden aranılan belgelerin neler olduğu, f) Kapalı teklif usulüyle yapılacak ihalelerde, tekliflerin hangi tarih ve saate kadar nereye verileceği*”. 2886 sayılı Kanun md. 38/1: “*Teklifler ilanda belirtilen saate kadar, sıra numaralı alındılar karşılığında komisyon başkanlığına verilir...*”.

125 RG., 18.11.2021, S. 31663.

126 4734 sayılı Kanun'da bu usule karşılık gelen bir usulün bulunmadığı yönünde bkz. **Oder**, s. 591. Bu konuda ayrıca bkz. Cansu **Dağ**, Enerji Alanında Mali Düzenlemelerin Rolü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 43.

127 RG., 04.02.2022, S. 31740.

128 RG., 14.02.2022, S. 31750.

verilerek ruhsatlandırılmasına ilişkin ihale<sup>129</sup>”, “Bursa ili sınırları içerisinde bulunan jeotermal kaynak ruhsat sahalarının ihalesi<sup>130</sup>”, “Afyonkarahisar İli sınırları içerisinde arama ruhsatlı jeotermal kaynak sahası ihalesi<sup>131</sup>” bu yöntemle gerçekleştirilmiştir. Benzer biçimde “Osmaniye İli sınırları içerisinde bazı jeotermal işletme sahaları<sup>132</sup>”, “Ankara İli Beypazarı İlçesi sınırlarında bulunan jeotermal işletme sahası<sup>133</sup>”, “Erzincan İli’nde bulunan 2 adet (Jeotermal kaynak/Doğal Mineralli Su/Jeotermal Kökenli Gaz) 3 (üç) yıllığına İşletme Ruhsatı alınabilecek ruhsat sahası<sup>134</sup>” bu yolla ihaleye çıkarılmıştır.

### C. Aynı Sahada Birden Fazla Ruhsat Sabinin Bulunduğu Haller

Jeotermal sahalarda yapılan ihaleler bakımından ortaya çıkabilecek bir husus da aynı sahaya dair birden fazla ruhsat sahibinin faaliyet göstermesi durumudur. Kural olarak bir jeotermal kaynağa dair arama ve işletme ruhsatları belirli alanla sınırlı olarak verilmektedir. Bu anlamda sınırları belirli alan olarak ruhsatlı jeotermal alan ile ihaleye çıkılan jeotermal alan arasında “çakışma hali” söz konusu olabilir<sup>135</sup>. 5686 sayılı Kanun çerçevesinde bu durumun önlenmesi adına “bloke alan” kavramına yer verildiği görülmektedir. Buna göre bloke alanlar, “işletme ruhsatı verilmiş bir jeotermal kaynaktan yapılan üretim faaliyetlerinin etkilenmemesi için işletme ruhsatı sahibi dışındaki talep sahiplerine kapatılmış ve işletmeye açılmayacak alanları” ifade etmektedir. Bu çerçevede, işletme ruhsatı sahiplerinin üretim faaliyetiyle sınırlı olarak diğer kişilerin taleplerine kapatılmış<sup>136</sup>, adeta işletme ruhsatı sahibinin “imtiyazında” bulunan bir alan mevcuttur. Ancak söz konusu alanlara ilişkin 5686 sayılı Kanun’un yürürlüğe

129 RG., 28.01.2022, S. 31733.

130 RG., 06.10.2021, S. 31620.

131 RG., 15.10.2021, S. 31629.

132 RG., 24.03.2021, S. 31433.

133 RG., 07.04.2021, S. 31447.

134 RG., 21.04.2021, S. 31461.

135 Bkz. Dan. 13. D., E. 2014/97, K. 2020/431, 12.02.2020, Lexpera İhtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

136 Dan. İDDK., E. 2014/4777, K. 2016/2914, 10.11.2016, Lexpera İhtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

girmesinden önce sahip olduğu kazanılmış haklar<sup>137</sup> bağlamında MTA tarafından 5686 sayılı Kanun öncesi döneme dair bazı yetkilerin kullanıldığı, bu çerçevede bazı intibakların da yapıldığı ifade edilebilir<sup>138</sup>.

Danıştay’ın bu konudaki bir kararına göre, “*jeotermal alanların korunmasının 5686 sayılı Yasanın amaçları arasında yer alması, uyumsuzluk konusu bloke alan belirlemelerinin, 5686 sayılı Yasanın geçici maddeleri ile kazanılmış hak kapsamında korunan ve intibakı yapılan jeotermal alanlara ilişkin olarak yapılması ve bu alanların Yasa yürürlüğe girdikten sonra arama ruhsatı alınan alanlardan olmaması, 5686 sayılı Yasanın Uygulama Yönetmeliğinde, intibakı yapılan alanlardaki bloke alan belirlemesinin Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü tarafından yapılacağının düzenlenmesi ve bu hükmün iptali istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulması isteminin de reddedilmesi karşısında, MTA’nın 5686 sayılı Yasa kapsamında intibakı yapılan jeotermal alanlardaki kaynakların korunması için bloke alan belirleme yetkisinin olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda, 5686 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü adına intibakı yapılan alanlar için Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü tarafından resen bloke alan belirlenmesinde ve davacının arama ruhsatı başvurusunun bloke alan nedeniyle reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır*”<sup>139</sup>. Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından verilen bir kararda da intibakı söz konusu olan alanlarda MTA’nın bloke alan belirlenmesi noktasında yetkili olduğu ifade edilmiştir<sup>140</sup>. Bu anlamda ilgili sahalarda gözetilmeksizin ihale yapılması halinde, MTA ve yetkili idare tarafından belirlenen bloke alanlarda ruhsatların üst üste alınması söz konusu olacağından bu durumun önlenmesi adına yapılan ihalelerde denetimin yapılması önem arz edecektir. Şayet yapılan ihalelerde ilgili ruhsatlı sahalarda gerekli değerlendirme yapılmaksızın ihale yapılmışsa, söz konusu bloke alana verilecek yeni ruhsat

137 Belirtmek gerekirse burada sözü edilen “*hak*” ifadesi, Oğurlu’nun deyiimiyle “*korunup tanınmaması halinde hukuk güvenliğinin ve idari istikrarın bozulabileceği*” bir kavrama karşılık gelmektedir. Bkz. Yücel **Oğurlu**, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 30.

138 Dan. 8. D., E. 2019/8723, K. 2020/6212, 30.12.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

139 Dan. 8. D., E. 2011/6230, K. 2011/6054, 25.11.2011, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

140 AYM. İmer Enerji Üretim Anonim Şirketi Başvurusu, B. No: 2014/6249, 22.09.2016, (RG., 14.10.2016, S. 29857).



bakımından; ilgili idari işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır<sup>141</sup>. Ne var ki 2886 sayılı Kanun'un idari makamların denetimi açısından zayıf nitelikte olması, bu kaynaklara dair ihalelerin de yeterlilik ve belirlilik açısından sorgulanmasına neden olmaktadır. Ayrıca 5686 sayılı Kanun'da jeotermal sahalarda faaliyette bulunacak kişiler bakımından yeterlilik şartlarının ne olduğunun açıkça aranmaması, ruhsat verilmesi sistemini “*pazar*” kavramına daha yakın hale getirmiştir<sup>142</sup>. Yani bir anlamda bu sahaların işletilmesi noktasında bir “*ruhsat pazarı*” da oluşturulmuş durumdadır<sup>143</sup>.

Özellikle idari yargı mercileri tarafından verilen kararlara bakıldığında dava konusu pek çok uyuşmazlığın sebebinin bloke alanın doğru biçimde tespit edilmemesinden kaynaklandığı görülmektedir<sup>144</sup>. Belirtmek gerekirse ihalelerin yapılması noktasında içerik yönünden bloke alanların getirmiş olduğu sınırlamanın yanında “*ihaleye katılacak kişiler*” açısından da sınırlama hali mevcuttur. Bu konuda verilen bir karara göre, “*jeotermal kaynaklara ilişkin haklar, medeni hakları kullanmaya ehil Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına, statüsünde jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyet yapabileceği hususu yer alan Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseselerine, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilir. Jeotermal kaynaklara ilişkin haklar gerçek veya tüzel tek kişi adına verilir*”<sup>145</sup>. Dolayısıyla bu hukuki statüde bulunmayan kişilere yetkili idari makamlarca bu konuda ruhsat verilmesi yahut bu kişilerin ihaleye katılması mümkün değildir<sup>146</sup>. Bunun yanında bloke alanlara ilişkin sınırlama halleri “*aynı sahada bulunan farklı kaynaklar*” açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Danıştay'ın bu konudaki kararına göre, “*5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar*

---

141 Dan. 8. D., E. 2014/7649, K. 2015/1256, 26.02.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

142 Öngür/Serpen, s. 340.

143 Öngür/Serpen, s. 340.

144 Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, s. 42.

145 Dan. 8. D., E. 2011/4957, K. 2014/2242, 21.03.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

146 Dan. 8. D., E. 2011/4957, K. 2014/2242, 21.03.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

ve Doğal Mineralli Sular Kanunu ve Uygulama Yönetmeliği’nde aynı sahaya ilişkin olarak, farklı gerçek ya da tüzel kişilere jeotermal kaynak, doğal mineralli su veya jeotermal kökenli gaz arama ve/veya işletme ruhsatı verilir verilmeyeceği hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir (...) aynı sahada bulunan kaynakların tümü için aynı gerçek ya da tüzel kişi adına arama ve/veya işletme ruhsatı düzenlenebileceği gibi, bu kaynakların her biri için, farklı gerçek ya da tüzel kişi adına da ruhsat düzenlenebileceği sonucuna varılmaktadır”<sup>147</sup>.

## V. İDARE PAYI

Devletin hüküm ve tasarrufu altına bulunan jeotermal kaynakların değerlendirilmesi sürecinde, bu kaynaklardan yararlanan kişiler yönünden getirilmiş bir yükümlülük de “*idare payı*” adı altında bir değer ödenmesidir. Kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak ifadesi, malın mülkiyet rejimine dair bir belirleme arz etmediğinden söz konusu değer kira, satış vs. özel hukuk rejimine tabi işlemlere konu olmasından bahsedilemez<sup>148</sup>. Bu anlamda idare payı, “*devlet hakkı*” kavramına bağlı olarak idari makamların sahip olduğu yetkilerden biri olarak somutlaşmaktadır<sup>149</sup>. Devlet hakkı kavramının klasik hak teorisi anlamında bir “*hak*” olmadığı gözetildiğinde faaliyete konu olan jeotermal kaynak üzerinden “*idare payı*” alınması, bir kamu gücü kullanımını ifade edecektir<sup>150</sup>. Bu kapsamda, yasal düzenlemeler ışığında idari makamlar tarafından idare payının alınmasına (= *tahsil edilmesine*) yönelik bazı kamu gücü kullanımı içeren yetkiler kullanılabilir. Özel hukuk kişilerinden jeotermal kaynakların kullanımı neticesinde alınan bu değerler, sonrasında

147 Dan. 8. D., E. 2013/5979, K. 2014/1722, 05.03.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

148 Nur **Kaman**, “Kamu Mallarının Hukuki Rejimi”, İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım), 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 381.

149 Bu anlamda burada, Örücü’nün deyimıyla devletin mülkiyetle daha yakından ilgilendiği ve müdahalesinin daha etkin ve yaygın olduğu bir alan söz konusudur. Esin **Örücü**, “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 13, 1976, s. 56.

150 Bu konuda bkz. **Gülan**, Maden Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, s. 142-143.

ilgili idari makamların bütçelerine belirli oranlar dahilinde aktarılmaktadır<sup>151</sup>. Bu anlamda YİKOB'lar veya il özel idareleri tarafından kaynağın bulunduğu ilçe belediyesi veya köylere belirli oranda (=1/5 oranında) aktarım gerçekleştirilmektedir.

### A. İdare Payının Hukuki Niteliği

Jeotermal kaynaklardan çeşitli faaliyetlerde bulunan özel hukuk kişilerinin, yararlanıcı olarak statüden kaynaklanan bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu anlamda idare payı ödeme yükümlülüğü, kaynağı işleten ruhsat sahibi olmanın bir neticesini oluşturmaktadır. Söz konusu değerlerin ödenmesi, jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyette bulunan kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşımakla birlikte, 5686 sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir. Bu doğrultuda 5686 sayılı Kanun md. 10/1 (e) uyarınca, *“Akışkanın; doğrudan ve/veya dolaylı olarak seralarda, elektrik üretimi ve konut ısıtmasında kullanıldığı tesislerde gayrisafi hasılatının %1'i tutarında idare payı ödenir. Akışkanın doğrudan ve/veya dolaylı olarak kaplıca ve diğer alanlarda kullanıldığı tesislerde ise kullanılan yıllık toplam ısı enerjisi değeri ve reenjeksiyon durumu dikkate alınarak kullanılan suyun bir metreküpü 1,5 Türk lirası tutarını geçmeyecek şekilde, hesaplama yöntemi Bakanlık tarafından yönetmelikle belirlenen idare payı ödenir...”*. Dolayısıyla jeotermal kaynakların kullanım biçimleri (elektrik üretimi, konut ısınması, sera, kaplıca ve diğer alanlarda kullanım vs.) baz alınarak farklı düzeyde idare payı ödenmesi<sup>152</sup> söz konusu olmaktadır.

İdare payı bir kamu alacağı niteliğinde olmakla beraber, aynı zamanda bir mali yükümlülüğü<sup>153</sup> de ifade etmektedir. Bu mali yükümlülüğün niteliği hususunda ise yargı kararlarında farklı nitelermeler mevcuttur. Örneğin, bu yönde verilen bir Danıştay kararında, *“5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu uyarınca tahsil edilen jeotermal*

151 5686 sayılı Kanun md. 10/1 (e) hükmünde belirtildiği üzere, *“tahsil edilen tutarın beşte biri, idare tarafından, kaynağın bulunduğu büyükşehirlerde ilçe belediyesi olmak üzere ilgili belediye veya köy tüzel kişiliğine on iş günü içinde ödenir”*. Ayrıca bkz. Çağrı Süt Göker, Sürdürülebilir Çevre Hedefinde Enerjinin Vergilendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 80.

152 Jeotermal akışkanlarda idare payı hesabı hakkında bkz. Çitil, Tüm Yönleriyle Maden Hukuku, s. 494.

153 Dan. 9. D., E. 2015/4920, K. 2019/905, 14.03.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

*idare payı(nın), 2576 sayılı Kanununun 6'ncı maddesinde sayılan vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları dışında bir kamu alacağı niteliğinde ol(duğu)*<sup>154</sup> vurgulanmıştır. Benzer biçimde İzmir Bölge İdare Mahkemesi (BİM) tarafından verilen karara göre, “*idare payını konu alan uyuşmazlığın vergi mahkemelerinin görevine giren vergi, resim ve harç ile benzeri mali yükümlülük olmadığı, kanunla konulmuş olmasının idare payına vergisel bir nitelik kazandırmadığı, mali yükümlülük içeren tüm idari tasarrufların vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşmadığı*” ifade edilmiştir<sup>155</sup>. Esasen, vergi mahkemelerinin görev alanı 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>156</sup> (“2576 sayılı Kanun”) md. 6 çerçevesinde<sup>157</sup> belirlenmiştir. Ancak, idare payının hukuki niteliği hususunda ilgili yargı kararlarında görüş birliğine varılmamasına bağlı olarak, doktrinde de ifade edildiği üzere, bu gibi kararlar “*benzeri mali yükümlerin hangi sebeple vergi mahkemesinin görevine girdiği konusunda bir ölçüt geliştirmemektedir*”<sup>158</sup>.

Oysa idare payının “*benzeri (diğer) mali yükümlülükler*”<sup>159</sup> şeklinde nitelendirilmesi hususunda doğrudan bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda jeotermal kaynakların kullanılması neticesinde alınacak idare payının “*benzeri mali yükümlülük*”

154 Dan. 3. D., E. 2013/5968, K. 2013/3795, 01.10.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

155 İzmir BİM. 1. İDD., E. 2017/677, K. 2017/671, 29.05.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

156 RG., 20.01.1982, S. 17580.

157 2576 sayılı Kanun md. 6: “*Vergi mahkemeleri: a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları, c) Diğer kanunlarla verilen işleri, çözümler*”.

158 Yunus **Eraslan**/Ü. Süleyman **Üstün**, “İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlıkları ve Çözümünde Esas Alınan Ölçütler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2018, s. 175.

159 Bkz. Erdem **Ercan**, Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik (Anayasal ve Yasal Boyutuyla), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 131.

olduğu belirtilmiştir<sup>160</sup>. Dolayısıyla idare payının, niteliği itibarıyla benzeri mali yükümlülük olarak belirtilmesi, farklı uygulamaların önüne geçmek açısından daha isabetli olacaktır. Esasen jeotermal kaynakların işletilerek kullanılması neticesinde belirli bir payın idareye bu ad altında ödenmesi gündeme gelmektedir. Bu pay, alınan bir hizmetin karşılığı olarak değil ve fakat kullanılan bir maldan elde edilen değere bağlı biçimde ödenmektedir<sup>161</sup>. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara göre, “*il özel idare payının jeotermal kaynak sularının doğrudan ve/veya dolaylı kullanılması sebebi ile oluştuğu, vergi benzeri bu mali yükümlülüğe ait mükellefin söz konusu tesisleri işletenler olduğu, matrahın ise anılan tesislerde jeotermal kaynak suyunun kullanımı sebebiyle elde edilen yıllık gayrisafi hasılat olduğu sonucuna varılmaktadır*”<sup>162</sup>.

Jeotermal kaynakların işletilmesi sürecinde, bu kaynakların kullanılmasına bağlı elde edilen gayrisafi hasılat değeri üzerinde matrah belirlenmiş olacaktır<sup>163</sup>. Bununla birlikte, söz konusu gayrisafi hasılat değerinin “*jeotermal kaynak kullanımına ilişkin olmayan bölümü*” ayrı tutulmalıdır<sup>164</sup>. Ayrıca işletme ruhsatı sahibinin sonrasında yapacağı sözleşmeler neticesinde kaynağı kiralayan diğer tüzel kişi hakkında mükerrer şekilde idare payı alınmaması gerekir. Nitekim Danıştay'a göre, “*idare payına konu işletmenin 'işletme ruhsatı' sahibi olan işletme olacağı (...) işletme ruhsatı sahibi şirketin elde ettiği kira bedeli tutarının gayrisafi hasılatın*

160 “(...) idare payının, ilgililerin, il özel idaresince verilen izne istinaden Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan jeotermal kaynaklardan elde edilen akışkanı (su, gaz ve buharı) kullanmak suretiyle yürüttükleri ticari faaliyet kapsamında alındığı anlaşılmaktadır. İdare payı, idarece verilen ruhsat (izin) çerçevesinde yürütülen bir faaliyet kapsamında alınan mali bir yükümlülük olması itibarıyla resme benzemektedir. Buna karşılık idare payının, faaliyetin sonucunda elde edilen yıllık gayrisafi hâsılat üzerinden alınması yönüyle de vergiye benzediği ifade edilebilir. Dolayısıyla, kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle ve gereğinde zorla alınan söz konusu pay, belirtilen özellikleriyle 'benzeri mali yükümlülük' kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşımaktadır”. AYM, E. 2013/41, K. 2013/124, 31.10.2013, (RG., 28.12.2013, S. 28865).

161 Bünyamin Çitil, “Jeotermal Kaynakların İşletilmesi ve İdare Payı”, Türk İdare Dergisi, S. 486, 2018, s. 135.

162 Dan. 9. D., E. 2016/12313, K. 2019/911, 14.03.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

163 Çitil, Tüm Yönleriyle Maden Hukuku, s. 478.

164 Dan. 9. D., E. 2016/14051, K. 2019/903, 14.03.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

*hesabında gözönünde bulundurulurarak idarece, ruhsat sahibi şirketten idare payının alındığı, aynı akışkan nedeniyle kiracı şirketin gayrisafi hasılatı üzerinden idare payı alınmasının tekerrüre neden olunmaması amacıyla, işletme ruhsatı sahibi şirket ile aralarındaki kira sözleşmesi uyarınca akışkan dolayısıyla var olan tesisteki gayrimenkulleri işleten kiracı Şirket'in elde ettiği cironun (gayrisafi hasılanın) kaynağın kullanımından elde edilmesi nedeniyle idare payı hesabına dahil edilmek sureti ile hesaplanan idare payından, ruhsat sahibi şirketin kiralama bedeli üzerinden ödediği idare payının düşürülerek hesaplanması gerektiği”<sup>165</sup> ifade edilmiştir.*

## **B. İdare Payının Ödenmemesinin Sonuçları**

Genel olarak madenlerin işletilmesi sürecinde gündeme gelen ve fakat jeotermal kaynaklara dair faaliyetler bakımından da alınmasının zorunlu olduğu ifade edilen idare payı<sup>166</sup>, idari makamlar yönünden bir yetki kullanımı olsa da faaliyette bulunan özel hukuk kişileri bakımından yükümlülük arz etmektedir. Bu açıdan faaliyette bulunan özel hukuk kişilerine getirilen yükümlülük, mali yükümlülüğe<sup>167</sup> dönüşmekte ve değerini, “*amme alacağı*” olarak tahsil edilmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla idare payının alınmasında tabi olunan rejim, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun<sup>168</sup> (AATUHK) çerçevesinde şekillenecektir<sup>169</sup>. Bununla birlikte idare payının ödenmemesine 5686 sayılı Kanun

<sup>165</sup> Dan. 8. D., E. 2019/4703, K. 2021/6, 13.01.2021, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>166</sup> Çitil, Jeotermal Kaynakların İşletilmesi ve İdare Payı, s. 135.

<sup>167</sup> Bkz. Güneş Yılmaz/Özgür Biyan, “Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: Benzeri Mali Yükümlülük Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 38, S. 2, 2016, s. 340.

<sup>168</sup> RG., 28.07.1953, S. 8469.

<sup>169</sup> 6183 sayılı Kanun md. 1/1: “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tabikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur”. 6183 sayılı Kanun md. 3/1: “Bu kanundaki amme alacağı terimi: 1 inci ve 2 nci maddeler şümulüne giren alacakları, Amme borçlusuna veya borçlu terimi: Amme alacağını ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi

tarafından bazı sonuçların bağlandığı ifade edilebilir. 5686 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, “*idare payının süresi içerisinde ödenmemesi halinde, teminat irat kaydedilerek iki aylık süre verilir. Bu süre zarfında idare payı yatırılmaz ve teminat tamamlanmaz ise faaliyetler durdurulur*”. Dolayısıyla idare payını zamanında ödemeyen işletme ruhsatı sahibinin faaliyetinin durdurulmasına yönelik (=kararı *resen icra ederek*<sup>170</sup>), yetkili idari makamlarca kamu gücü kullanımı gerçekleştirilebilmektedir. Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu Uygulama Yönetmeliği<sup>171</sup> md. 4'te “*idare payının yatırılmadığı ve teminat tamamlanmadığı sürece faaliyet durdurma kararı kaldırılma(yacağı)*” hususu da ifade edilmiştir. Dolayısıyla jeotermal kaynaklara dair işletme ruhsatı sahipleri yönünden faaliyetin devamı, bir anlamda “*idare payının tam olarak ve gerektiği biçimde ödenmesi*” şartına bağlanmıştır.

İdare payının, işletme ruhsatı sahibi tarafından hiç veya gereği gibi ödenmemesi haricinde usulsüz biçimde ödenmesi de söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, işletme ruhsatı sahibi tarafından ilgili dönem için ödenmesi gereken değer, hukuka aykırı biçimde ödenmiş olabilir. Bu bağlamda 5686 sayılı Kanun md. 12/6 uyarınca, “*ruhsat sahibi tarafından idare payı hesaplamasında kullanılan su miktarının belirlenmesinde usulsüzlük yapıldığının veya kaçak kullanımın tespit edilmesi halinde idare tarafından 500.000 Türk lirasını geçmemek üzere ruhsat sahibine bir önceki yılda kullandığı su miktarının karşılığının iki katı oranında idarî para cezası tahakkuk ettiril(eceği)*” ifade edilmiştir. Bu anlamda, idare payı değerinin düşük çıkması amacıyla özel hukuk kişileri tarafından yapılan hukuka aykırı fiiller, ayrıca “*idari ceza*” niteliğinde<sup>172</sup> yaptırıma tabi kılınmıştır. Bu durumda idari makamlarca tesis edilen idari para cezalarına karşı yargısal denetim bakımından özel bir düzenleme bulunmadığından; başka bir idari işlemin aynı anda dava konusu edilmediği hallerde adli yargı mercii tarafından uyuşmazlığın çözümleneceği ifade edilebilir<sup>173</sup>. Nitekim bu konuda

---

*şahısları ve bunların kanuni temsilci veya mirasçılarını ve vergi mükelleflerini, vergi sorumlusunu, kefili ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcilerini (...) ifade eder*”.

<sup>170</sup> Yücel **Oğurlu**, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 32.

<sup>171</sup> RG., 11.12.2007, S. 26727.

<sup>172</sup> Ali D. **Ulusoy**, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 11-12.

<sup>173</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 27/1: “*İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir*”.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına göre, "5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu'nda ve bu Kanun'un atıfta bulunduğu 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, dava konusu idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır"<sup>174</sup>.

## VI. YATIRIM ÇAKIŞMALARI

Jeotermal kaynakların kullanılması neticesinde ortaya çıkan kamu yararı, belirli hallerde bazı faaliyetlerin yapılması neticesinde elde edilecek kamu yararıyla çakışabilmektedir. Bu durumda kamu yararları bakımından çakışma hali, yasal düzenlemelerle yahut yargı merciinin bu bağlamda vereceği kararlarla çözülebilmektedir<sup>175</sup>. Özellikle madenlerin çıkarılması ve işletilmesi neticesinde söz konusu kamu mallarının değerlendirilerek milli servete katkı sağlaması biçiminde somutlaştırılan kamu yararı ile madenlerin bulunduğu bölgede yapılan bazı yatırım ve faaliyetler neticesinde (örneğin, kültürel faaliyetler, altyapı çalışmaları vs.) bağdaşmazlık hali gündeme gelebilmektedir<sup>176</sup>. Konunun çevre açısından taşıdığı önem

---

*Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir". 5326 sayılı Kanun md. 27/8: "İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür".*

174 UM. E. 2017/754, K. 2017/832, 25.12.2017, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>), E.T. 02.02.2022.

175 Dan. 1. D., E. 2014/1913, K. 2014/1738, 03.12.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

176 Bu ihtimalde Gök'ün deyiimiyle, "Yarışan kamu yararları arasında üstün kamu yararı belirlenirken tercihin kısa vadeli ekonomik çıkarlardan yana olması halinde hem koruma-kullanma dengesi hem de sürdürülebilir kalkınma ilkesi ihlal edilmiş olacaktır". Hasan **Gök**, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 36. Bu nedenle idarece yapılacak değerlendirme açısından yatırımın uzun vadede nasıl yarar sağlayabileceği hususunun da gözetilmesi gerekmektedir.



bir yana, yapılan faaliyetlerin bağdaşmaması durumunun hangi yarar lehine çözümleneceği de irdelenmelidir.

Bu çerçevede, 5686 sayılı Kanun kapsamında sayılan bazı faaliyetlerin, jeotermal kaynakların işletilmesi ve aranması faaliyetleriyle bağdaşmayabileceği sınırlı biçimde sayılmamak kaydıyla ifade edilmiştir. Buna göre, “Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, maden, petrol, doğalgaz, su isale hatları gibi” kamu mallarından yararlanılması hususuyla jeotermal kaynaklarla ilgili faaliyetlerin birbirini engellemesi durumunda “*kamu yararı açısından yatırımların önceliği ve önemi*” yönünden Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından karar alınması gerekmektedir. Esasen jeotermal kaynaklara dair faaliyetlerle ilgili olarak Danıştay’ın vermiş olduğu bazı kararlarda vurgulanan kamu yararı açısından denge arayışı<sup>177</sup> ve kimi hallerde bu faaliyetlerdeki yararın üstün tutulabileceği hususu<sup>178</sup>, bu konuda karar verecek idari makam açısından da değer kazanmaktadır. Bu doğrultuda jeotermal kaynakların bulunduğu yerlerde kamu mallarından yararlanılmasının yahut bazı hizmetlerin sunumunun engellenmesi halinde idari makamlarca daha fazla yararı sağlayabilecek unsurun tercih edilmesi gerekecektir<sup>179</sup>.

Belirtmek gerekirse her durumda jeotermal kaynakların değerlendirilmesine dair yararın üstün tutulacağı biçiminde bir yorum yapılması söz konusu değildir<sup>180</sup>. Başka bir deyişle, örneğin karayolları ve otoyollardan

<sup>177</sup> Bkz. Dan. 8. D., E. 2018/6928, K. 2020/6034, 24.12.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>178</sup> Nitekim Danıştay’ın bazı kararlarında madenler gibi tabii servet ve kaynaklar açısından bunların, “*aranması, işletilmesi, değerlendirilmesi ve ekonomiye kazandırılmaları esas olduğundan, maden işletmesi konusunda üstün kamu yararının varlığı nedeniyle işletilebilmesinin sağlanabilmesi için yasalarla mülkiyet hakkına sınırlandırmalar getiril(diği)*” ifade edilmiştir. Dan. 6. D., E. 1997/7130, K. 1999/3313, 15.06.1999, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>179</sup> Anayasa Mahkemesi’nin de açık biçimde vurguladığı üzere, bu gibi durumlarda “*anılan kararlardan etkilendiğini ve kararlarda kamu yararı bulunmadığını ileri sürenlerce ilgili usul kurallarına uygun olmak kaydıyla dava açılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır*”. AYM. E. 2019/89, K. 2021/10, 04.02.2021, (RG., 07.05.2021, S. 31477).

<sup>180</sup> Bu noktada özellikle alternatif alanların var olup olmadığı, mevcut yatırımların jeotermal kaynaklara dair faaliyetleri engellemesinin derecesinin ne olduğu irdelenerek önemin ve önceliğin belirlenmesi gerekecektir. Benzer bir durum genel olarak madencilik faaliyetleri ile diğer yatırımlar açısından da söz konusudur. Bkz. AYM. E. 2010/85, K. 2012/13, 26.01.2021, (RG., 06.10.2012, S. 28433).

yararlanma hali, jeotermal kaynakların işletilmesi faaliyetinden sağlanacak kamu yararına göre daha öncel nitelikte olabilir. Dolayısıyla mevcut yatırım çatışması durumu, hukuk düzeninde iki kamu yararının karşılaşması ve çatışması<sup>181</sup> şeklinde görünüm kazanabilmektedir. Bu konuda Danıştay'a göre, “*işletme faaliyetlerinin yürütüldüğü sahalar ile ülke kalkınmasının diğer bir parçası olan yatırımların çakışması halinde kamu yararı açısından hangisinin tercih edilmesi gerektiği ve bu aşamada yürütülecek iş ve işlemler yönünden bir koordinasyonun sağlanmasının gerekli olduğu*”<sup>182</sup> ifade edilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar kamu yararında öncelik ve önemin belirlenmesi açısından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkili olsa da bu karar alma sürecine ilgili diğer idari makamların da katılımı, “*iyi yönetim*” ilkesinin<sup>183</sup> gerçekleştirilmesi bakımından yarar sağlayacak ve bu sayede yatırım çakışmalarından doğabilecek sorunlar, farklı yönleriyle değerlendirilebilecektir. Nihayet, “*Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanununun Uygulama Yönetmeliği'nin 27/A maddesinin 3. fıkrası uyarınca her iki yatırımın birlikte sürdürülebileceği ifade edilebiliyorsa*”<sup>184</sup>, bu durumda yatırım çakışma halinden bahsedilmeyecek olup kamu yararı açısından ayrıca karar alınmasına gerek olmayacaktır.

## SONUÇ

Yenilenebilir enerji kaynakları arasında bulunan jeotermal kaynakların, tabii kaynak olarak devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan olduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda söz konusu tabii kaynaklar üzerinde işletme ve arama gibi faaliyetlerin yapılması hususunda yetkiler devlete aittir. Devlete ait olan bu yetkiler, pozitif hukuki dayanağı bulunmak kaydıyla özel hukuk kişileri tarafından da kullanılabilen ve bu çerçevede hak sahibi olunabilmektedir. İşletme ve arama faaliyetlerinin yapılabilmesi açısından ruhsat alınması zorunlu olup söz konusu ruhsat idari kolluk faaliyeti çerçevesinde yetkili idari makamlar tarafından verilmektedir. Başka bir deyişle, tabii servet olarak jeotermal kaynakların aranması ve

<sup>181</sup> **Gülen**, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, s. 75.

<sup>182</sup> Dan. 8. D., E. 2015/1881, K. 2019/6128, 26.06.2019, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

<sup>183</sup> Selman Sacit **Boz/Cihat Yurdaer**/Yunus **Eraslan**, “İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 515.

<sup>184</sup> Dan. 8. D., E. 2016/7909, K. 2020/741, 12.02.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.02.2022.

işletilmesinde geniş anlamda kamu yararı olsa da dar anlamda bu faaliyetler kamu hizmeti faaliyeti niteliğinde olmadığından verilen ruhsat da bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.

Bu doğrultuda, idari makamların denetiminde gerçekleştirilen faaliyetlerin tabi olduğu esaslar idari kolluk faaliyeti kapsamında, çalışma hürriyeti ve mülkiyet hakkına müdahale biçiminde somutlaşmaktadır. Bununla birlikte jeotermal kaynakların bir an önce değerlendirilerek gelir olarak katkı sağlaması, idari makamların ihaleler yoluyla bu konuda özel hukuk kişilerinin faaliyette bulunabilmeleri için belirli faaliyet sahaları oluşturulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, bu kaynakların işletilmesine yönelik faaliyetler bakımından belirlenen bloke alanlarda çakışma yaşanması, söz konusu faaliyeti yapamayacak kişilerin ihaleye katılması gibi ihtimaller bakımından ilgili ihalenin hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir. Bunun yanında 2886 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihaleler bakımından kamu ihalelerinin yapılmasında uyulması gereken ilkelere riayet edilmesi önem taşımaktadır. Bu husus, aynı zamanda ilgili kaynağın hangi kişi tarafından daha iyi değerlendirileceğinin saptanması bakımından değerlidir.

Ayrıca bu mallara ilişkin alan bazında öncelik tanınması çerçevesinde elde edilen gelirler üzerinden idare payı alınması da söz konusu olmaktadır. İşletme faaliyetinde bulunan kişilere getirilen bu mali yükümlülük dahilinde jeotermal kaynakların değerlendirilmesi sonucu belirli bir değer, idari makamlara ödenmektedir. Bu değerın ödenmesi, kişilerin işletme faaliyetine devam edebilmesi bakımından bir “*şart*” olarak da belirlenmiş durumdadır. Öyle ki idare payının gereği gibi ödemeyen kişiler bakımından faaliyetin durdurulması biçiminde idari yaptırım kararı verilebilmektedir. Nihayet jeotermal faaliyetlerin aranması ve işletilmesi faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi sonucu sağlanacak kamu yararı ile o alanda yapılacak başkaca faaliyetlerden ileri gelen kamu yararı açısından bir çakışma hali söz konusu olabilmektedir. Bunun giderimi noktasında yetkili Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından öncelik ve önem sırası yapılması icap eder. Bu çerçevede çakışma halindeki iki faaliyet birbiriyle bağdaşmaz ise bu durumda, faaliyetlerden birine öncelik tanınarak diğer faaliyet durdurulacaktır. Bu durum, jeotermal kaynakların değerlendirilmesinin kamu yararına yönelik olduğunu belirtmekle beraber, her halde bu kaynakların aranmasında ve işletilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığını da göstermektedir.

**KAYNAKÇA**

**Acar, Saadet/Köseoğlu, Hasan.** “Jeotermal Suların Uygulama Alanları ve Çevresel Problemler”. Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi. S. 28 (Özel Sayı), 2021, s. 325-332.

**Akel, Yeliz Neslihan.** 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Akıllıoğlu, Tekin.** İnsan Hakları-I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri. AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

**Akkuş, İbrahim/Alan, Hüseyin.** Türkiye'nin Jeotermal Kaynakları, Projeksiyonlar, Sorunlar ve Öneriler Raporu. TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara 2016.

**Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil.** Türk İdare Hukuku. 9. Baskı, Savaş Yayıncılık, Ankara 2018.

**Armağan, Ramazan.** “Kamu Ekonomisinde Dışsallıklar ve Dışsallıkların İçselleştirilmesi”. Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 9, 2003, s. 159-178.

**Ayanoğlu, Taner.** İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Ayanoğlu, Taner/Oder, Burak.** “İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama”. Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 174, 2017, s. 2801-2838.

**Ayaydın, Cem.** 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

**Ayaydın, Cem.** İdare Hukukuna Giriş (II). Yenilik Basımevi, İstanbul 2008.

**Azrak, A. Ülkü.** “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 44-78.

**Badruk, Mebrure.** “Jeotermal Enerji Uygulamalarında Çevre Sorunları”, Jeotermal Enerji Semineri Bildirileri Kitabı, MMO Yayınları, İzmir 2003, s. 345-359.

**Bilgen, Pertev.** “Kamu Hizmeti Hakkında”. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 1980, s. 113-116.

**Bilgen, Pertev.** İdare Hukuku Dersleri. Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

**Boz, Selman Sacit/Yurdaer, Cihat/Eraslan, Yunus.** “İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 497-532.

**Braconnier, Stéphane.** Droit des services publics. 2. Baskı, PUF, Paris 2007.

**Can, Ozan.** Kamu İhale Hukuku. 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

**Canka Kılıç, Fatma.** “Geothermal Energy in Turkey”. Energy & Environment, Vol. 27, No. 3-4, 2016, s. 360-376.

**Çakmak, N. Münci.** İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji. Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Çal, Sedat.** Türk İdare Hukukunda Ruhsat. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

**Çalışkan, Şadan.** “Türkiye’nin Enerjide Dışa Bağımlılık ve Enerji Arz Güvenliği Sorunu”. Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 25, 2009, s. 297-310.

**Çetin, Süleyman.** “Yenilenebilir Enerjide Kota Sorunu”. Enerji Hukuku Dergisi, S. 2015/2, 2015, s. 129-134.

**Çitil, Bünyamin.** “Jeotermal Kaynakların İşletilmesi ve İdare Payı”. Türk İdare Dergisi, S. 486, 2018, s. 133-166.

**Çitil, Bünyamin.** Tüm Yönleriyle Maden Hukuku. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Dağ, Cansu.** Enerji Alanında Mali Düzenlemelerin Rolü. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

**Dağıstan, Hayrullah.** “Jeotermal Enerji Arama Projelerinde Atılım”. MTA Doğal Kaynaklar ve Ekonomi Bülteni, S. 4, 2007, s. 10-11.

**Duran, Lütfi.** İdare Hukuku Ders Notları. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

**Elvan, Osman D./Türker, Y. Özhan.** “Geothermal energy capacity and-legislation in Turkey”, Journal of World Energy Law and Business, 2013, Vol. 6, No. 4, 2013, s. 300-313.

**Eraslan, Yunus/Üstün, Ü. Süleyman.** “İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlıkları ve Çözümünde Esas Alınan Ölçütler”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2018, s. 149-187.

**Ercan**, Erdem. Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik (Anayasal ve Yasal Boyutuyla). On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Erdoğan**, Selahattin. “Enerji, Çevre ve Sera Gazları”. Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2020, s. 277-303.

**Erkul**, Hüseyin. “Jeotermal Enerjinin Ekonomik Katkıları ve Çevresel Etkileri: Denizli-Kızıldere Jeotermal Örneği”. Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 19, 2012, s. 115-133.

**Gök**, Hasan. Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

**Gülan**, Aydın. “Kamu Malları”. Günışığında Yönetim (Ed. İl Han Özey). Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 657-720.

**Gülan**, Aydın. Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri. Lamure Yayınları, İstanbul 2009.

**Günday**, Metin. İdare Hukuku. 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017.

**Gür**, Necip Taha. İdarenin Özendirme Destekleme Faaliyeti. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Hazar Kalonya**, Dalya/**Yıldırım**, Zeynep. “Kent Suçu ya da Kente Karşı Suç: İzmir Örneği”. İdealkent, C. 11, S. 30, 2020, s. 747-766.

**Kaboğlu**, İbrahim Ö. Çevre Hakkı. İmge Kitabevi, İstanbul 1996.

**Kaman**, Nur. “Kamu Mallarının Hukuki Rejimi”. İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım). 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 365-404.

**Karahanoğulları**, Onur. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim). 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

**Karayağın**, Yaşar. “Kanunlarımız, Doktrin ve Uygulama Açısından Mera ve Yaylaklar, Emval-i Metruke”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, 1975, s. 41-70.

**Kaya**, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

**Kırbaş**, Sadık. Devlet Malları. 2. Baskı, Adım Yayıncılık, Ankara 1988.

**Konak**, Gürcan/**Pamukçu**, Çağatay. “Geothermal energy-economy, potential and utilization possibilities in Turkey”. Energy Exploration & Exploitation, Vol. 24, No. 4-5, 2006, s. 271-284.

**Kutlu**, Meltem. İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1997.

**Kuzu**, Burhan. Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı). Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.

**Maurer**, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Baskı, Verlag C. H. Beck, Münih, 2011.

**Memiş**, Emin. Çevre ve Çevre İdare Hukuku. 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

**Mertoğlu**, Orhan. “Jeotermal Kaynaklarımızın Değerlendirilmesi”. Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1991, s. 33-34.

**Oder**, Burak. “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”. Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, Çizgi Basım Yayınevi, İstanbul 2008, s. 239-254.

**Oğurlu**, Yücel. İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunması. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

**Oğurlu**, Yücel. İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

**Okay Tekinsoy**, Özge. İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

**Okay Tekinsoy**, Özge. “İdarenin Kolluk Faaliyetleri”. İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım). 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 609-672.

**Onar**, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-I. 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

**Öngür**, Tahir/**Serpen**, Umran. “Jeotermal Kaynaklar Yasasının Yarattığı Kargaşa”, Jeotermal Enerji Semineri Bildirileri, TMMOB Makina Mühendisleri Odası, İzmir 2009, s. 337-344.

**Örücü**, Esin. “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 13, 1976, s. 47-78.

**Özay**, İl Han. “Kendine Özgü Bir Hukuk Devleti”. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı: Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 117-135.

**Özkan**, Gürsel. Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Ege-men Olan İlkeler. Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.

**Serpen**, Umran. "Türkiye'de Jeotermal Endüstri'nin Gidişatı", 13. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Bildiriler Kitabı, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Yayınları, İzmir 2011, s. 181-190.

**Süt Göker**, Çağlı. Sürdürülebilir Çevre Hedefinde Enerjinin Vergilendirilmesi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Şimşek**, Nevzat. "Enerji Sorununun Çözümünde Jeotermal Enerji Alternatifi". Ekoloji ve Çevre Dergisi, C. 8, S. 29, 1998, s. 15-20.

**Şimşek**, Suat. "Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları". Sayıştay Dergisi, S. 92, 2014, s. 93-115.

**Tan**, Turgut. İdare Hukuku. 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

**Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla. Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.

**Telli**, Serap. İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler. S Yayınları, Ankara 1989.

**Turgay Soydan**, Aysin. "Jeotermal Ruhsatlarda Sınır Uyuşmazlıkları". Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, S. 2, 2013, s. 115-120.

**Uler**, Yıldırım. "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti". Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, 1998, s. 252-256.

**Ulusoy**, Ali D. İdari Yaptırımlar. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

**Ulusoy**, Ali D. Türk İdare Hukuku. 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Uluşahin**, Adem. "Enerji Gereksiniminde Bazı Gerçekler, Jeotermal Enerji ve Yasal Durum". V. Yenilenebilir Enerji Kaynakları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Diyarbakır, 2009, s. 155-160.

**Uyanık**, Halit. "İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenirilmesi Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 1149-1162.

**Uyanık**, Halit. Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

**Uzun**, Mine. "Türkiye'de Madencilik Sektörünün Vergilendirilmesi". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2014, s. 83-112.



**Ünal**, Nurdoğan/**Erol**, Mesut. Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Ünal**, Şeref. Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

**Versan**, Rauf. “Milletlerarası Hukukta Deniz Sınırlarının Yargı Kararıyla Belirlenmesi ve Üçüncü Devletlerin Durumu”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), C. 25, S. 2, 2019, s. 1457-1462.

**Yasin**, Melikşah. “İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri”. İdare Hukuku (Ed. Turan Yıldırım). 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

**Yaşar**, H. Nuri. İdare Hukuku. 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014.

**Yayla**, Yıldızhan. İdare Hukuku. 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

**Yıldırım**, Hakkı/**Gelişen**, Gökhan. “Belediye Kaynaklarının Etkin ve Verimli Kullanılmasında İhale Yönetimi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, 2016, s. 113-144.

**Yılmaz**, Dilşat. Kamu İhale Hukukunda Şartnameler. 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2014.

**Yılmaz**, Güneş/**Biyay**, Özgür. “Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: Benzeri Mali Yükümlülük Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi”. Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 38, S. 2, 2016, s. 335-360.

**Yılmaz**, Mutlu. “Türkiye’nin Enerji Potansiyeli ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Açısından Önemi”. Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 2, 2012, s. 33-54.

**Yılmazoğlu**, Y. Emre/**Perdecioğlu**, İ. Emrah (Haz.). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli). 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2019.

**Zaim**, Arda/**Çavşı**, Hande. “Türkiye’deki Jeotermal Enerji Santrallerinin Durumu”. Mühendis ve Makina, C. 59, S. 691, 2018, s. 45-58.

**Zanobini**, Guido. İdare Hukuku Cilt-I. Çev. Atıf Akgüç/Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1945.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsan Ticareti Suçu Üzerinde Yargı Yetkisini Kullanmasının Önündeki Engeller

Barriers to the International Criminal Court's Use of Jurisdiction  
on Human Trafficking

  Arş. Gör. Dr. Selçuk KOCA \*

### ÖZET

İnsan ticareti, uygulama amacı ve mağdurlar üzerindeki etkileri kölelikle benzer olması sebebiyle günümüzde modern kölelik olarak adlandırılmaktadır. Klasik anlamıyla kölelik ve köle ticareti büyük oranda ortadan kaldırılrsa da yerini insan ticaretine bırakmıştır. Köleliğin uluslararası ceza hukukundaki yansıması, insanlığa karşı bir suç olan köleleştirme suçudur. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nde yer alan köleleştirme suçu, insan ticaretini de içerecek şekilde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda insan ticaretinin köleleştirme suçunu oluşturması ve insanlığa karşı bir suç olarak UCM

\* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 30.10.2022 | **Kabul/Accepted:** 06.12.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Selçuk Koca, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsan Ticareti Suçu Üzerinde Yargı Yetkisini Kullanmasının Önündeki Engeller", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (521-548).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

önüne getirilmesi mümkündür. Çalışmada UCM'nin insan ticareti suçu üzerinde yargı yetkisini kullanmasının önündeki hukuki ve pratik sınırlar incelenmiş, Mahkemenin insan ticareti suçu hakkında soruşturma başlatmasının olası etkileri değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda UCM'nin yer ve kişi yönünden yargı yetkisi ile insan ticaretinin insanlığa karşı suçların ön şartlarını karşılayıp karşılamadığı ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Ticareti, Modern Kölelik, Köleleştirme, İnsanlığa Karşı Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

## ABSTRACT

Human trafficking is accepted as modern slavery because of its purpose and effects on victims are very similar to slavery. Although classical slavery and slave trade have been largely eliminated, it has left its place to human trafficking. The reflection of slavery in international criminal law is the crime of enslavement under crimes against humanity. In the Rome Statute, the founding document of the International Criminal Court (ICC), the definition of the crime of enslavement includes human trafficking. Therefore, it is possible for human trafficking to constitute the crime of enslavement and be brought before the ICC as a crime against humanity. In the study, the legal and practical limits of the ICC's use of its jurisdiction over the crime of human trafficking were examined, and the possible effects of the Court's initiation of an investigation on the crime of human trafficking were evaluated. In this respect, the ICC's jurisdiction in terms of place and person and whether human trafficking meets the *chapeau* elements of crimes against humanity were discussed.

**Keywords:** Human Trafficking, Modern Slavery, Enslavement, Crimes Against Humanity, International Criminal Court.

## GİRİŞ

İnsan ticaretiyle mücadele 20. yüzyılın başlarından itibaren uluslararası toplumun gündeminde yer almıştır. İnsan ticareti, her yıl dünyanın hemen her yerinde yüz binlerce insanı mağdur eden karmaşık bir suçtur. Mülteci krizi ve ülke sınırları arasında göçün artmasıyla yaygın olarak gerçekleşen insan ticareti, günümüzde daha büyük bir problem haline gelmiştir. İnsan haklarının ciddi bir ihlali olan insan ticareti, köleliğin çağdaş biçimi veya modern kölelik olarak da isimlendirilmektedir. Kölelik ve köle ticareti uluslararası toplumun ortak çabalarıyla ortadan kalkarken, uygulamalar yerini insan ticaretine bırakmıştır.

Genellikle sınıraşan bir suç<sup>1</sup> olarak kabul edilen insan ticareti, devletlerin büyük çoğunluğunun ulusal kanunlarında suç olarak düzenlense de suçun artmaya devam etmesi ulusal çabaların ve devletler arası dayanışmanın yetersiz kaldığını göstermektedir. 1 Temmuz 2002'de kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar arasında yer alan köleleştirme suçu tanımında insan ticaretine yer verilmiştir.<sup>2</sup> Ayrıca Roma Statüsü'nde yer alan insanlığa karşı suçların oluşması için silahlı çatışmanın parçası olma şartı aranmamaktadır.<sup>3</sup> Bu durum, UCM'nin barış zamanında gerçekleşen insan ticareti suçları üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu sonucunu doğurmaktadır. İnsan ticaretiyle daha başarılı ve etkin bir mücadele için çözüm olarak UCM'nin harekete geçmesi ve yargılama başlatması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Ancak UCM günümüze kadar insan ticaretiyle ilgili herhangi bir soruşturma başlatmamış veya yürütmemiştir.

UCM'nin insan ticaretini insanlığa karşı bir suç olarak soruşturması, devletlerin insan ticaretiyle mücadelesini teşvik edecektir. Çalışmada insan ticareti ile köleleştirme suçu ilişkisine değinilecek olup, Roma Statüsü'ndeki köleleştirme suçu tanımı doğrultusunda UCM'nin köleleştirme olarak insan ticaretini kovuşturmasının önündeki hukuki ve pratik engeller incelenecektir.

## I. İNSAN TİCARETİ VE KÖLELEŞTİRME SUÇU

İnsan ticareti, başlarda suç örgütleri tarafından kadınların cinsel sömürü amacıyla kullanılmaları anlamına gelirken<sup>4</sup> zaman içerisinde evrilererek tüm insanların sömürü amacıyla edinilmesini kapsayacak hale gelmiştir. Uzun yıllar boyunca genel geçer ortak kabul edilen bir tanımı olmayan

1 Sınıraşan suçlar, genelde anlaşma temelli suçlardır ve uluslararası hukuk kapsamında cezai sorumluluk doğurmazlar. Anlaşmada yer alan suçlarla mücadele için taraf devletlere kendi iç hukuklarında düzenleme yapma (ceza kanununda suç olarak düzenleme gibi) sorumluluğu getirirler. Bkz. Neil **Boister**, "Transnational Criminal Law", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 5, 2003, s. 962.

2 Roma Statüsü'nün tam metni için bkz. [http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf), E.T. 20.11.2022.

3 Hüseyin **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4*. Kitap, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 382.

4 Bkz. 1904 Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesi Sözleşmesi. Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz. <http://hrlibrary.umn.edu/instree/whiteslavetraffic1904.html>, E.T. 22.11.2022.

insan ticaretine ilişkin tartışmalar 2000 yılında son bulmuştur. Bu tarihte imzalanan Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (SÖSKBMS) Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün (Palermo Protokolü) 3. maddesinde insan ticaretinin tanımı yapılmıştır. Söz konusu tanım aşağıdaki gibidir:<sup>5</sup>

*“İnsan ticareti, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin savunmasızlığından yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir.”*

Palermo Protokolü'ndeki tanımdan hareketle insan ticaretinin oluşması için hareket, araç ve amaç olmak üzere üç unsurun karşılanması gerekmektedir. Suçun hareket unsurunu oluşturan fiiller; kişinin temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasıdır. Araç unsuru ise suç işlenirken mağdurun rızasının etkisiz hale getirilmesiyle yani insan ticaretine nasıl konu edildiğiyle ilgilidir. Bunlar kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin savunmasızlığından yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla gerçekleşebilir. Sadece 18 yaşından küçüklerin ticaretinde araç unsurunun bulunması şart değildir. İnsan ticareti tanımında yer alan “istismar amaçlı” ifadesi failde özel bir amaç bulunması gerektiğini göstermektedir. İnsan ticareti, amaç unsuru bakımından, sınırlı olmamak kaydıyla, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesine veya cinsel istismarın başka biçimlerine, zorla çalıştırma veya hizmet ettirmeye, kölelik veya kölelik benzeri uygulamalara, kulluğa veya organların alınmasına yönelik olarak gerçekleştirilebilmektedir.

<sup>5</sup> Sözleşmenin ve Palermo Protokolü'nün tam metni için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm\\_45.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm_45.pdf), E.T. 22.11.2022.

Failler, insan ticareti aracılığıyla mağdurları sömürmek ve böylece ucuz iş gücü ve düşük maliyetli üretim yapmayı amaçlamaktadır. Dünyanın neredeyse tüm ülkelerini etkileyen insan ticareti, uyuşturucu ticaretinden sonra en kârlı ikinci suçtur. 2020 yılı itibariyle yaklaşık 25 milyon kişinin insan ticareti mağduru olarak sömürüldüğü, her yıl uluslararası sınırlar arasında 800.000 kadar insanın ticaretinin yapıldığı tahmin edilmektedir.<sup>6</sup> İnsan ticaretinin yaygınlığı ve mağdurlar üzerindeki etkileri nazara alındığında, günümüzde modern kölelik olduğu kabul edilmekte, geçmişteki köle ticaretinin yerini aldığı savunulmaktadır.<sup>7</sup> Bu doğrultuda kölelik ve köle ticaretiyle mücadeleleyi amaçlayan uluslararası kural ve anlaşmaların insan ticareti açısından da geçerli olması gerekmektedir. Köleliğin tanımını 1926 Kölelik Sözleşmesi'yle yapılmıştır.<sup>8</sup> Sözleşmenin 1. maddesinde kölelik, “*üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin herhangi biri veya tamamının kullanıldığı bir kişinin statü veya durumu*” şeklinde tanımlanmıştır.

İnsanlığa karşı suçlar arasında bulunan köleleştirme suçunun tanımı, Roma Statüsü'nde yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre köleleştirme, “*bir kişi üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin, kadın ve çocuklar başta olmak üzere insan ticareti dâhil, kullanılması*” anlamına gelir. Bu tanım, uluslararası hukukta insan ticaretiyle kölelik arasındaki en somut bağlantıdır. Tanımda, kadın ve çocuk ticareti dahil olacak biçimde insan ticaretinin köleleştirme suçuna sebebiyet vereceği açıkça düzenlenmektedir.

<sup>6</sup> United States Department of State, Trafficking in Persons Report, 2020.

<sup>7</sup> Joan **Fitzpatrick**, “Trafficking as a Human Rights Violation: The Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking”, Michigan Journal of International Law, Vol. 24, No. 4, 2003, s. 1144; Dominika Borg **Jansson**, Modern Slavery, A Comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons, Brill Nijhoff, 2015, s. 12; Ogün **Usta**, Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 142.

<sup>8</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://insanhaklari.gen.tr/BelgeGoster.aspx?id=60&d=1&nx=0>, E.T. 22.11.2022. Kölelik ve insan ticaretine ilişkin uluslararası sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Usta**, s. 101 ve devamı.

Suçun Unsurları'nda<sup>9</sup> da benzer şekilde köleleştirme suçunun insan ticaretini kapsadığı belirtilmiştir.<sup>10</sup> Ancak Roma Statüsü'nde insan ticaretinin tanımı ayrıca yapılmamıştır. Palermo Protokolü'nde yer alan insan ticareti tanımının köleleştirme suçu kapsamında yer alan insan ticareti açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>11</sup> Bu doğrultuda UCM'nin dünyanın birçok yerinde gerçekleşen insan ticareti vakalarını insanlığa karşı suçlar arasında yer alan köleleştirme suçu kapsamında yargılayabileceği sonucuna varılmaktadır. UCM, günümüze kadar insan ticareti suçuyla ilgili bir soruşturma başlatmamış, verdiği kararlarda insan ticaretine vurgu yapmamıştır. Ancak Mahkeme'nin insan ticaretine karşı harekete geçmesi için önünde açık bir kapı bulunmaktadır.

## II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN İNSAN TİCARETİ FAİLLERİNİ YARGILAMASI

İnsan ticaretinin UCM'nin önüne gelmesi, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan köleleştirme suçu kapsamında mümkün olabilir. UCM ise günümüze kadar sadece köleleştirme suçuna yönelik bir davaya bakmamış, Mahkeme önüne köleleştirme suçu, diğer insanlığa karşı suçlar ve/veya savaş suçları ile birlikte gelmiştir. Ayrıca mahkeme şu ana kadar sadece silahlı çatışmaların gerçekleştiği durumlarla ilgili yargı yetkisini

<sup>9</sup> Suçun Unsurları, Roma Statüsü'ne Taraf Devletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve UCM'nin Roma Statüsü'nden sonra uygulayacağı ikinci kaynaktır. İngilizce tam metin için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>, E.T. 22.11.2022.

<sup>10</sup> Suçun Unsurları, m. 7/1(c) dipnot 11.

<sup>11</sup> BM Güvenlik Konseyi, yaptığı bir açıklamada Palermo Protokolü'nün insan ticareti suçunun uluslararası kabul gören ilk tanımını içerdiğini vurgulamıştır. Security Council Presidential Statement Says Human Trafficking Might Constitute War Crimes, as Members Consider Issue for First Time, Güvenlik Konseyi, 7584. Toplantı, 16 Aralık 2015, <https://www.un.org/press/en/2015/sc12165.doc.htm>, E.T. 20.11.2022; Bkz. Nicole Siller, Trafficking in Persons under International Law and its Incorporation within Enslavement as a Crime against Humanity, Doktora Tezi, Groningen Üniversitesi, 2017, s. 186; Afrika Adalet ve İnsan Hakları Divanı Statüsüne İlişkin Protokolde Değişiklik Yapılmasına Dair Protokol'de (Malabo Protokolü), Roma Statüsü'ndeki köleleştirme suçu tanımı insan ticaretini de içerecek şekilde aynen alınmıştır. Söz konusu protokolde, ayrı bir suç olarak düzenlenen insan ticaretinin tanımı ise Palermo Protokolünden alınmıştır. Bkz. Malabo Protokolü, m. 28/J. Protokolün tam metni için bkz. [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-\\_protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e-compressed.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf), E.T. 20.11.2022.

kullanmıştır. Buna rağmen Mahkemenin modern kölelik ve insan ticaretiyle mücadelede önemli bir potansiyele sahip olduğu savunulmaktadır.<sup>12</sup> Roma Statüsüne göre, Mahkemenin yargı yetkisinin silahlı çatışmalarla sınırlı olmaması ve insan ticaretini de içeren köleleştirme suçu tanımı bu potansiyeli gerçekleştirmek için gerekli olan yasal dayanakları sağlamaktadır.

İnsan ticaretiyle daha etkin bir mücadele için, suçun UCM'nin veya diğer uluslararası mahkemelerin yargı yetkisi kapsamındaki uluslararası suçlar kategorisinde değerlendirilmesine yönelik geçerli nedenler bulunmaktadır.<sup>13</sup> Uluslararası mahkemelerin adaleti daha kaliteli dağıtacağı varsayımı, suçun ciddiyeti ve etkisi göz önüne alındığında uluslararası mahkemelerin harekete geçmesi gerekliliği, ulusal mahkemelerin yetersiz ve etkisiz kalması bu nedenler arasındadır.<sup>14</sup> Bazı insan ticareti vakalarında kamu görevlilerinin suçlularla işbirliği içinde olması da bu nedenleri desteklemektedir. İnsan ticareti faillerinin cezadan kaçmalarının önüne geçmek için ulusal yargı yetkisine alternatif veya en azından tamamlayıcı olarak, insan ticaretinin uluslararası veya bölgesel ceza mahkemeleri tarafından kovuşturulması ve yargılanması gereklidir.<sup>15</sup>

Roma Statüsü'ndeki tanımda insan ticareti doğrudan köleleştirme suçu olarak kabul edilmesine rağmen, UCM'nin insan ticaretiyle müca-

- 
- 12 Karen L. **Corrie**, "Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 302; Harmen **Wilt**, "Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 283; Clare Frances **Moran**, "Human Trafficking And The Rome Statute Of The International Criminal Court", *The Age of Human Rights Journal*, 3, Aralık 2014, s. 42; Mohamed Y. **Mattar**, "The International Criminal Court (ICC) Becomes a Reality: When Will the Court Prosecute The First Trafficking in Persons Case?", *The Protection Project*, 9 Temmuz 2002, s. 1, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2203711](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203711), E.T. 21.11.2022; Tomoya **Obokata**, "Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, Nisan 2005, s. 456-457; James **Cockayne**, "The Anti-Slavery Potential of International Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 484.
- 13 Harmen **Wilt**, "Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts", *Chinese Journal of International Law*, 2014, s. 315.
- 14 **Wilt**, 2014, s. 315.
- 15 **Wilt**, 2014, s. 315-316.



dele etmesinin önünde çeşitli hukuki ve pratik engeller bulunmaktadır. İnsan ticareti fiilleri, yer ve kişi bakımından UCM'nin yargı yetkisi kapsamında olmalı ve bu fiillerin gerçekleştiği olgusal koşullar insanlığa karşı suçların *chapeau* unsurlarını yani ön şartlarını karşılamalıdır. Ayrıca işlenen suçla ilgili UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için ilgili devlette soruşturma/kovuşturma için isteksizlik veya yetersizlik olmalı ve suçun belirli bir ağırlığa sahip olması gerekmektedir. Uygulamada gerçekleşebilecek engelleri ise UCM'nin sınırlı bütçeye sahip olması sebebiyle etkili bir soruşturma için imkânlarının kısıtlı olması, soruşturmada çeşitli risk ve tehlikelerle karşılaşma ihtimali ve insan ticaretinin sınıraşan niteliğinin soruşturmayı zorlaştırması olarak sayabiliriz.

## A. Hukuki Sınırlar

### 1. Yargı Yetkisi

UCM'nin insan ticareti suçlarını yargılayabilmesi için suçun yargı yetkisi kapsamına girmesi gerekmektedir. Yargı yetkisine bakacak olursak UCM, Roma Statüsünün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir (m. 11/1). Mahkeme, Statü'ye taraf devlet topraklarında, Statü'ye taraf devlete tescilli bir gemi veya uçakta (mülk ilkesi) veya Statü'ye taraf devletlerin vatandaşları tarafından (şahs ilkesi) yer fark etmeksizin işlenen suçlarla ilgili olarak yargı yetkisine sahiptir (m. 12/2). Roma Statüsünde mahkemenin yer bakımından yargı yetkisine dair bir düzenleme bulunmadığından, BM Güvenlik Konseyi'nin sevk ettiği durumlarda Mahkeme'nin yetkisinin tüm evrende işlenecek suçları kapsadığı söylenebilir.<sup>16</sup>

Devletler, Statü'ye taraf olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiş olurlar. Statüye sonradan katılmak isteyen devletler açısından, Statü, onay belgelerinin tevdi edilmesinden sonra 2 ay geçmesini izleyen ilk ayın başında yürürlüğe girer. Eğer bir devlet sonradan taraf olursa, Mahkeme'nin yargı yetkisi Statüye taraf olunduktan sonraki işlenen suçlar açısından geçerlidir. Ancak ilgili devletin Statü'ye taraf olmadan önceki tarihlerde işlenmiş suçlarla ilgili olarak bildirimde bulunarak geriye doğru Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi de mümkündür. (m. 11/2). Ayrıca Statü'ye taraf olmayan devletler, Mahkeme'ye yapacakları bir bildirimle suçların işlendiği belirli bir olayla alakalı Mahkemenin yargı yetkisini tanıyabilirler.

---

<sup>16</sup> Pazarıcı, s. 411.

Görüldüğü üzere UCM'nin yargı yetkisi, BM Güvenlik Konseyi'nin sevk ettiği durumlar dışında, Roma Statüsü'ne taraf devletlerin topraklarında işlenen suçlarla ve taraf devletlerin vatandaşlarının herhangi bir yerde işlediği suçlarla sınırlıdır. İnsan ticaretinin yaygın olduğu devletlerin önemli bir kısmı Roma Statüsü'ne taraf olmadıkları için UCM'nin yargı yetkisinin dışında kalmaktadır. İnsan ticaretinin oldukça yüksek olduğu Asya-Pasifik ülkelerinin büyük çoğunluğu Roma Statüsü'nü imzalamamıştır. Devletlerin yapacakları bir bildirimle Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeleri de siyasi çıkarlarına aykırı olabileceğinden insan ticareti vakalarını UCM önüne getirmek pratikte pek kolay olmayacaktır.<sup>17</sup> Bunun tek istisnası Birleşmiş Milletler Sözleşmesi VII. bölüme uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi'nin bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durumları Mahkeme savcısına havale etmesi ve böylece mahkemenin yargı yetkisini kullanmasıdır.<sup>18</sup> Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin, insan ticaretini uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak değerlendirmesi oldukça güç olacaktır.<sup>19</sup> Güvenlik Konseyi siyasi sebeplerle de harekete geçmeyebilir. Örnek olarak Kuzey Kore'de köleleştirmenin ve işçi ticaretinin ülkenin kalkınma modelinin gayri resmi bir parçası olduğu görülmektedir. Buna rağmen Kuzey Kore'nin Roma Statüsü'ne taraf olmaması ve BM Güvenlik Konseyi'nde kuvvetle muhtemel Çin vetosu sebebiyle UCM'nin harekete geçmesi pek mümkün görünmemektedir.

BM Güvenlik Konseyi günümüze kadar sadece iki durumu UCM'ye sevk etmiştir. Bunlar Sudan'da gerçekleşen soykırım<sup>20</sup> ve Libya'da Kadafı hükümetinin sivil nüfusa yönelik yaygın saldırılarıdır.<sup>21</sup> Modern kölelik ve insan ticareti çok ciddi suçlar olsa da uluslararası barış ve güvenliğe oluşturduğu tehdit bahsedilen suçlarla aynı ağırlıkta görülmemeyebilir.<sup>22</sup>

## 2. İnsanlığa Karşı Suçların Ön Şartları

İnsan ticaretinin, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan köleleştirme suçunu oluşturabilmesi için öncelikle insanlığa karşı suçların ön şartlarını

<sup>17</sup> **Obokata**, s. 454.

<sup>18</sup> Roma Statüsü m. 13/b.

<sup>19</sup> **Corrie**, s. 290; **Obokata**, s. 454.

<sup>20</sup> Bkz. Güvenlik Konseyi Kararı 1593, 31 Mart 2005.

<sup>21</sup> Bkz. Güvenlik Konseyi Kararı 1970, 26 Şubat 2011.

<sup>22</sup> **Corrie**, s. 290.

karşılması gerekmektedir. Bu şartlar suçun işlendiği bağlamla alakalıdır. Roma Statüsü m. 7/1’de belirtildiği üzere insanlığa karşı suçlar, “*herhangi bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak ve saldırıyı bilerek*” işlenir. Roma Statüsü m. 7/2-a’ya göre de herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş saldırı, devlet ya da örgütsel bir politikanın uzantısı veya bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta sayılan suçların herhangi bir sivil topluluğa karşı birçok kez yapılmasını içeren bir dizi davranış anlamına gelir. Görüldüğü üzere UCM’nin yargı yetkisi silahlı çatışmalarla sınırlı değildir. UCM her ne kadar günümüze kadar sadece silahlı çatışmaların gerçekleştiği durumlara ilgili yargı yetkisini kullanmış olsa da barış zamanı gerçekleşen ve insanlığa karşı suçların ön şartlarının karşılandığı durumlarda da yargı yetkisine sahiptir.

#### **a. Sivil Nüfusa Yönelik Saldırı**

UCM’nin silahlı çatışma aramadığından hareketle, insan ticaretinin insanlığa karşı suç olarak değerlendirilebilmesi için, “herhangi bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası” olarak işlenmesi gerekmektedir. Sivil nüfus, silahlı kuvvetler mensubu veya savaştan olmayanlar anlamına gelmektedir. İnsan ticareti, doğası gereği sivilleri hedef almakta ve çok sayıda sivile yönelik gerçekleşmektedir. Sivil nüfusa yönelik olması için sivil nüfusun tamamının veya belirli kısmının hedef alınması gerekir. Ancak birbirinden bağımsız olan veya oldukça sınırlı sayıda mağdur içeren insan ticareti fiilleri, “sivil nüfusa yönelik” olarak değerlendirilemez. Bazı etnik gruplar insan ticaretinden daha fazla etkilense de günümüzde insan tacirleri genellikle savunmasız kişileri hedef almaktadır.<sup>23</sup> Savunmasızlık ayırt edici bir özellik olsa da sivil nüfus kriterini karşılaması zordur.<sup>24</sup> Ancak toplu bir grubun savunmasızlığından yararlanarak işlenen insan ticaretinin sivil bir nüfusa yönelik olduğu kabul edilebilir.

Sivil nüfusa yönelik olan “saldırının” askeri bir saldırı olmasına gerek yoktur. Bu yüzden insan ticaretinin bir saldırı teşkil etmesi mümkündür. Ancak bunun için de rastgele veya münferit olarak değil, bir dizi veya genel olay akışı içerisinde defalarca kez yapılması gereklidir. Sadece büyük çaplı ve çok sayıda mağdur içeren insan ticareti fiilleri sivil nüfusa yönelik

<sup>23</sup> Siller, s. 200.

<sup>24</sup> Siller, s. 200.

saldırı kapsamında değerlendirilebilir. İnsan tacirleri, bir insan ticareti operasyonu içinde birden fazla kişiyi suça konu edip defalarca kez suç işlerse bu durumun sivil nüfusa yönelik saldırı olarak kabul göreceği savunulmaktadır.<sup>25</sup> Ancak insan ticareti uygulamalarına baktığımızda büyük ölçekli insan ticareti operasyonlarına kıyasla az sayıda insanı mağdur eden küçük ölçekli operasyonlar daha fazladır.<sup>26</sup>

### b. Yaygın veya Sistemik Saldırı

Bir suçun insanlığa karşı suç olması için gerçekleşen saldırının, yaygın veya sistemik olması gereklidir. Bu koşullar seçimlik olup saldırının sadece yaygın veya sadece sistemik olması yeterlidir.<sup>27</sup> UCM'nin insan ticaretini insanlığa karşı suç olarak yargılamasının önündeki zorluklardan biri yaygın veya sistemik saldırının tespiti noktasındadır. "Yaygın" terimi, saldırının doğası gereği geniş çaplı olduğu ve çok sayıda insanı hedef aldığı anlamına gelmektedir.<sup>28</sup> Bir suç, bir dizi insanlık dışı eylemin toplam etkisiyle veya olağanüstü büyüklükteki insanlık dışı bir eylemin tekil etkisiyle işlendiğinde yaygın olarak kabul edilebilir.<sup>29</sup> "Sistemik" terimi ise şiddet eylemlerinin organize bir biçimde gerçekleştirilmesini ve bunların rastgele meydana gelmemesini ifade eder.<sup>30</sup>

Sistemik olma şartıyla ilgili olarak insan ticareti, mağdurların tanımlanmasını, temin edilmesini, manipüle edilmesini, zorlanmasını, izlenmesini ve sömürülmesini içeren son derece organize ve stratejik bir iştir.<sup>31</sup>

25 Kim **Jane**, "Prosecuting Human Trafficking As A Crime Against Humanity Under The Rome Statute", 7 Mart 2011, s. 22, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1779263](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1779263), E.T. 29.10.2022.

26 ICF International, Prosecuting Human Trafficking Cases: Lessons Learned and Promising Practices, 2008, Report submitted to the US National Institute of Justice, s. 18.

27 Durmuş **Tezcan**/M. Ruhan **Erdem**/R. Murat **Önok**, Uluslararası Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 511.

28 UCM, Prosecutor v Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, 8 Temmuz 2019, par. 691.

29 **Obokata**, s. 452.

30 UCM, Prosecutor v Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, 8 Temmuz 2019, par 692.

31 **Jane**, s. 24-25.

İnsan ticareti, mağdurların bir yerden başka bir yere transferini içerdiğinden planlama ve stratejilere ihtiyaç olduğu görülmektedir.<sup>32</sup> Suç, tacirler, müşteriler, mağdurlar, sınır muhafızları, polis veya diğer devlet görevlileri gibi çeşitli kişileri içerir.<sup>33</sup> Suç, çoğu kez aynı örgütler ve failer tarafından aynı kalıplar, yollar, ağlar ve pazarlar aracılığıyla işlenmekte, sürekli tekrarlanmaktadır.<sup>34</sup> Bu nedenle, insan ticareti operasyonlarının genellikle sistematik olduğunu söylemek mümkündür.

UCM, bir insan ticareti operasyonunun sistematik olmadığını tespit ederse, bazı hallerde bu operasyonun yaygın olduğunu da kabul edebilir. Obokata'ya göre her yıl ticareti yapılan çok sayıda insan olması, insan ticaretinin yaygın olduğunu göstermektedir.<sup>35</sup> Ancak bu görüş saldırıların "aynı" yaygın veya sistematik saldırının "bir parçası" olması gerektiği için hatalıdır.<sup>36</sup> Raporlar her yıl milyonlarca insanın insan ticaretine maruz kaldığını gösterse de bu aynı grup veya aynı insan ticareti örgütleri tarafından yapılmamaktadır.<sup>37</sup> Atak ve Simeon'a göre ise insan ticareti genelde başka suçlarla da bağlantılı/iç içedir ve bu durum sivillere karşı yaygın veya sistematik bir saldırı olduğu görünümünü verebilir. Ayrıca sivillere yönelik yaygın veya sistematik saldırının zaten var olduğu durumlarda da insan tacirleri bundan yararlanıp bu saldırının parçası olarak suç işleyebilir.<sup>38</sup>

---

32 Janne **Haraldsen**, Human Trafficking as a Crime Against Humanity: An analysis of the legal potential to prosecute human trafficking in the International Criminal Court with reference to the trafficking of Rohingya Muslims in Southeast Asia, Yüksek Lisans Tezi, Oslo Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2004, s. 26, <https://www.duo.uio.no/handle/10852/40117>, E.T. 28.10.2022.

33 **Haraldsen**, s. 26.

34 Anne Marie **Pesman**, Prosecuting Human Trafficking Cases as a Crime Against Humanity?, Yüksek Lisans Tezi, Amsterdam Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku, 2012, s. 27.

35 **Obokata**, s. 453.

36 **Siller**, s. 202.

37 **Siller**, s. 202.

38 Idil **Atak**/James C. **Simeon**, "Human Trafficking; Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice", Journal of International Criminal Justice, 12, 2014, s. 1036.

### c. Devlet ya da Örgütsel Bir Politikanın Uzantısı ya da Bu Politikanın Daha Da İleri Götürülmesine Yönelik Saldırı

İnsan ticaretinin, insanlığa karşı suçlarının ön şartlarını karşılamaının önündeki diğer bir zorluk ise yaygın veya sistematik saldırının, böyle bir saldırıyı gerçekleştirmek için “devlet veya örgütsel”<sup>39</sup> bir “politikaya” uygun veya bu politikanın devamı niteliğinde olması gerekliliğidir. İnsan ticaretinin bu şartları yerine getirip getiremeyeceği ise tartışmalıdır.

Suçun Unsurları'na göre “politika” bir devlet veya örgüt tarafından sivil nüfusa yönelik bir saldırının aktif bir biçimde teşvik edilmesi veya cesaretlendirilmesi anlamına gelir.<sup>40</sup> Politika kriteri geniş anlamda, kendiliğinden oluşan, münferit şiddet eylemlerinin aksine, planlı, yönlendirilmiş veya organize suç olarak yorumlanır.<sup>41</sup> Politikanın devlet veya örgüt tarafından açık veya kesin olarak belirtilmesi gerekmez.<sup>42</sup> Devletin suç teşviki, politikanın kanıtıdır. İstisnai durumlarda, devletin bilinçli olarak saldırıları önlemek için eylemde bulunmaması da politikanın göstergesi olarak kabul edilir.<sup>43</sup> Birçok devlet, insan ticareti ile mücadele etmede yetersiz veya isteksiz olabilir hatta bazı devlet görevlileri yolsuzluk gibi sebeplerle insan ticaretine destek olabilir. Bu gibi durumlarda, insan ticaretinin devlet veya örgütsel politikanın bir parçası olduğu ileri sürülebilir.<sup>44</sup>

Devletin tanımı belirli olduğundan örgütsel ifadesinin anlamı önem kazanmaktadır. Örgütü (organization), konumuz açısından sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik saldırı gerçekleştirme yeteneğine sahip kişi topluluğu olarak tanımlamak doğru olacaktır.<sup>45</sup> İnsan ticareti faillerinin çoğunluğu devlet dışı aktörler yani suç örgütleri olduğundan, böyle bir topluluğun insanlığa karşı suç işleme kapasitesine sahip bir örgüt olarak

39 Roma Statüsü'nün orijinal metninde “State or organizational policy” ifadesi kullanılmaktadır. Organization ifadesini kurum veya örgüt olarak çevirmek mümkündür. Çalışmada, devlet dışı aktörleri de kapsama almak bakımından örgüt ifadesi tercih edilmiştir.

40 Suçun Unsurları, m. 7.

41 UCM, Katanga Suçlamaların Onayı, No: ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, par. 396.

42 UCM, Katanga Suçlamaların Onayı, No: ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, par. 396.

43 Suçun Unsurları, m. 7, dipnot 6.

44 **Atak/Simeon**, s. 1037.

45 UCM, Katanga Suçlamaların Onayı, No: ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, par. 396.

tanınması zor olabilir.<sup>46</sup> SÖSKBMS m. 2’de suç örgütü, “*doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup*” olarak tanımlanmıştır.<sup>47</sup>

SÖSKBMS’de yapılan tanımın, genel olarak kâr için suç işleyen ve kitlesel zulümlere katılamayacak küçük örgütleri kapsadığını söylemek mümkündür.<sup>48</sup> Sivillere yönelik ciddi suç işleme kapasitesinin Roma Statüsü m. 7 anlamında bir örgüt olarak nitelendirilebilmek için yeterli olacağı iddia edilebilir. Ancak bu durumda da devlet benzeri güçlü örgütler ile çeteler veya diğer suç örgütleri arasında bir fark kalmayacaktır.<sup>49</sup> Van Der Wilt’e göre insan ticareti yapan suç örgütlerinin büyük çoğunluğu hiçbir şekilde insanlığa karşı suç işleme eşiğini karşılayamaz.<sup>50</sup> Suç örgütleri, sivil halka yönelik büyük çaplı saldırılar gerçekleştirecek kaynaklardan, güçten ve kurumsal özelliklerden yoksundur.

Örgüt kavramının devlet dışı aktörleri kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bassiouni ve Schabas’a göre, devlet dışı aktörler insanlığa karşı suçların faili olamazlar. Eğer devlet dışı aktörlerin cezai sorumluluğu kabul edilmiş olsaydı, mafya veya El Kaide gibi terör örgütleri UCM önüne insanlığa karşı suçlarla çıkarılabilirdi ki bu düzenlemenin lafzına ve ruhuna aykırıdır. Yazarlara göre, örgütsel politika ifadesiyle, devlet dışı aktörlerin değil, devletin bir organının politikasına atıfta bulunmaktadır.<sup>51</sup> Yani devlet dışı aktörler ve suç örgütleri insanlığa karşı suç işleyemezler. Bir

<sup>46</sup> Haraldsen, s. 28.

<sup>47</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, E.T. 22.11.2022.

<sup>48</sup> Wilt, 2014, s. 308.

<sup>49</sup> Wilt, 2014, s. 308.

<sup>50</sup> Wilt, 2014, s. 307.

<sup>51</sup> M. Cherif Bassiouni/William A. Schabas, The Legislative History of the International Criminal Court, Second Revised and Expanded Edition, Brill Nijhoff, 2016, s. 170.

başka görüşe göre ise, devlet dışı aktörlerin, insanlığa karşı suç işleme bakımından örgüt olarak kabul edilebilmesi için devlet benzeri özelliklere sahip olması gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>52</sup>

Devlet dışı aktörleri dışlayan bir örgüt yorumu kabul edildiğinde, Nijerya'da kadın ve çocuk ticaretiyle uğraşan onları Avrupa, Kuzey Afrika, Orta Doğu ve Asya'da zorla fuhuşa yönelten, zorla çalıştıran çeteler ve büyük İspanyol şehirlerinde kadınlara zorla fuhuş yaptıran organize suç örgütleri UCM'nin yargı alanının dışında kalacaktır.<sup>53</sup> Corrie, bu gibi suçlara UCM'nin yargı yetkisinin uzaması için Suçun Unsurları'nda belirtilen "devlet politikası suça karşı önlem almada bilinçli bir başarısızlık göstererek saldırıyı teşvik edebilir" ifadesini çözüm yolu olarak göstermektedir.<sup>54</sup> Yazara göre Hindistan gibi ülkelerdeki düşük seviyedeki devlet görevlileri köleleştirme suçuna göz yumdukları, köle sahibi oldukları için bu görüş doğrultusunda yargılanabilir.<sup>55</sup> İnsanlığa karşı suç olarak nitelendirilebilecek eşige ulaşan durumlarda, çeşitli düzeylerdeki devlet görevlileri genellikle insan ticaretini teşvik eden, görmezden gelen veya inkâr eden temel bir devlet politikasının oluşturulmasına dâhil olurlar.<sup>56</sup> Böylece devlet veya örgütsel politika şartının gerçekleşmesi mümkündür.

UCM Katanga davasında, EYUCM'un Tadic kararına atıfta bulunarak devlet dışı aktörlerin de insanlığa karşı suçları işleyebileceğini vurgulamıştır.<sup>57</sup> Devlet dışı aktörlerin örgüt olarak kabulü halinde bir sonraki aşama "örgütsel politika" şartıdır. Saldırı yani insan ticareti, devlet ya da örgütsel bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak gerçekleşmelidir. Suç örgütlerinin insan ticareti

52 UCM, Kenya Decision Pursuant to Art. 15, Dissenting Opinion Of Judge Hans-Peter Kaul, par. 51-52; William A. Schabas, "Crimes Against Humanity: The State Plan or Policy Element", The theory and practice of international criminal law: Essays in honor of M. Cherif Bassiouni, Editörler Leila Nadya Sadat/Michael P. Scharf, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 359.

53 Corrie, s. 295; United States Department of State, Trafficking in Persons Report: June 2014, s. 296 ve 354, <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/226848.pdf>, E.T. 29.10.2022.

54 Corrie, s. 294.

55 Corrie, s. 295.

56 Haraldsen, s. 28.

57 UCM, Prosecutor v Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, 7 Mart 2014, par. 1121; EYUCM, Prosecutor v Duško Tadić, IT-94-1, 11 Kasım 1999, par 655.



operasyonları örgütsel bir politika çerçevesinde mi gerçekleşmektedir? Jane'e göre planlama ve organizasyon gerektiren bir suç olan insan ticareti üç politika ihtiva eder: insanları toplamak; onların sömürülmesinden kar elde etmek; insan ticareti ekonomisine olan talebi arttırmak.<sup>58</sup> Yazara göre insan ticaretinin türüne ve kültür, siyaset ve çatışmayla kesişme noktalarına bağlı olarak, insan ticareti silahlı çatışmalarda çocukları canlı kalkan olarak kullanma, ucuz iş gücü sağlama, erkeklerin cinsel zevkleri için kadın bedenleri sağlama, belirli bir etnik veya kültürel gruba hâkim olma gibi politikalar içerebilir.<sup>59</sup> Yaygın veya sistematik bir saldırıyla bağlantılı gerçekleşen ve kişisel kazanç veya tamamen şahsi sebeplerle işlenen bir suçun insanlığa karşı suç oluşturması mümkündür.<sup>60</sup>

#### d. Manevi Unsur ve Bağlantı

Roma Statüsü m. 30 çerçevesinde bir suçun maddi unsurlarının “kas-ten” ve “bilerek” işlenmesi gerekmektedir. İnsanlığa karşı suçların manevi unsurunun karşılanması için fail, suçlamaya sebep olan eylemleri, yaygın veya sistematik saldırının bilincinde olarak gerçekleştirmelidir. Manevi unsur, somut olgulara bakılarak tespit edilir. Suçun Unsurları'nda belirtildiği üzere fail, eyleminin sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik saldırının “parçası” olduğunun veya “bu amaçla” yapıldığının bilincinde olmalıdır.<sup>61</sup> Sivil nüfusu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırı mevcutken, failin söz konusu saldırıyı ilerletmeye “niyetlenmesi” halinde manevi unsur gerçekleşmiş olur. Failin, saldırının tüm özelliklerine veya devletin veya örgütün plan veya politikasının kesin ayrıntılarına sahip olmasına ise gerek yoktur.<sup>62</sup> İnsan ticaretinde manevi unsurun tespitinin kolay

<sup>58</sup> Jane, s. 26 ve 28.

<sup>59</sup> Jane, s. 28-29.

<sup>60</sup> Obokata, s. 453; Siller'e göre ise kişisel kazanç veya kârdan kaynaklanan insan ticareti, uluslararası cezai kovuşturmalara uyacak bir “politika” için yeterli değildir. Kişisel kazanım için işlenen insan ticareti suçu, niteliği itibarıyla insanlığı hedef alan insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası cezai sorumluluk doğurmaz. Bkz. Siller, s. 208.

<sup>61</sup> Suçun Unsurları, m. 7(1)(a), par. 3 ve 7(1)(g)-1, par. 4; Antonio Cassese, “Crimes Against Humanity”, The Rome Statute Of The International Criminal Court A Commentary, Editörler, Antonio Cassese/Paola Gaeta/ John R. W. D. Jones, Oxford University Press, 2002, s. 373.

<sup>62</sup> Suçun Unsurları, m. 7, par. 2.

olduğunu söylemek mümkündür. İnsan tacirleri, yaptıkları işin ve işledikleri suçun bilincindedir. Özellikle insan ticaretini gerçekleştiren grupların liderleri, eylemlerinin sonuçlarının farkındadır.<sup>63</sup>

Roma Statüsü m. 7'ye göre suç yani insan ticareti, yaygın veya sistematik saldırının bir parçası olmalıdır. Köleleştirme olarak insan ticaretinin, sivil nüfusa yönelik bir saldırının bir parçasını oluşturup oluşturmadığı, davadaki somut olgular esas alınarak değerlendirilmelidir. İnsan ticaretinin, saldırıyla bağlantılı olması için sivil nüfusa yönelik saldırı ile makul bir şekilde ilişkilendirilmesi gereklidir. Fail, saldırıya ilişkin politikayı ilerletmek için kasten hareket eder veya politikada öngörülen davranışları gerçekleştirirse bu bağlantı mevcuttur denilebilir.<sup>64</sup>

### 3. Tamamlayıcı Yargı Yetkisi ve Ağırlık Eşliği

UCM'nin yargı yetkisi, devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Roma Statüsü m. 17'den de ulusal yargı sistemlerinin, Statü kapsamındaki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında ilk ve birincil sorumluluğa sahip olduğu, ilgili devletin suçu takipte isteksiz veya aciz olduğu hallerde UCM'nin yargı yetkisinin doğacağı anlaşılmaktadır. Ulusal mahkemelere göre önceliği olan *ad hoc* mahkemelerin aksine, UCM, yargı yetkisi kapsamına giren suçları soruşturma bakımından devletlere kıyasla ikincil konumdadır.<sup>65</sup>

Devletler, UCM'nin yargı yetkisine giren bir olay hakkında serbestçe yargı yetkilerini kullanabilirler. Statüde sayılı suçların işlendiği devletin, dava konusu olayı soruşturması veya yargılaması, olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargılamaya gerek olmadığına karar vermesi, ilgili şahsın daha önceden yargılanmış olması hallerinde UCM yargı yetkisini kullanmaz (m. 17). Bu durumun istisnası, ilgili devletin soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı hallerdir. İlgili devlet, suç işlediği iddia edilen şahsı UCM önünde sorumlu tutulmaktan kaçırmak amacıyla göstermelik işlemler yapıyorsa, yasal işlemler makul olmayan bir şekilde gecikiyorsa veya yargı süreci bağımsız bir şekilde yürütülüyorsa devletin isteksiz olduğu sonucuna varılır (m. 17/2). İlgili devletin ulusal yargı sisteminin bir kısmı veya tamamı çökmüş

<sup>63</sup> Moran, s. 36.

<sup>64</sup> UCM, Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 21 Mart 2016, par. 161.

<sup>65</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 336.

veya işlemez halde ve devletin sanığı veya gerekli kanıt ve ifadeleri elde etmesi veya başka bir şekilde yasal işlemleri yürütmesi mümkün değilse devletin soruşturma ve kovuşturma yapmaya muktedir olmadığı kabul edilir (m. 17/3). Sonuç olarak, insanlığa karşı suçların ön şartları karşılanırsa bile, tamamlayıcı yargı yetkisi doğrultusunda insan ticaretinin UCM önüne gelmesi mümkün olmayabilir. UCM'nin insan ticareti suçlarına karşı harekete geçmesi için, ilgili devlet, insan ticareti vakalarını kovuşturmada isteksiz veya aciz olmalıdır.<sup>66</sup>

UCM'nin yargı yetkisi kapsamına uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar girmektedir. Yani Mahkeme nezdinde bir davanın kabul edilebilir olması için davanın belirli bir ağırlığa sahip olması gereklidir.<sup>67</sup> Dava konusu, Mahkeme'yi harekete geçirecek kadar ağır (gravity) bulunmalıdır aksi takdirde Mahkeme yargı yetkisini kullanmaz (m. 17/1-d). Ağırlık ifadesinin tanımı Roma Statüsünde yapılmamıştır. Olayların Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasını sağlayacak derecede ağır olup olmadığının tespiti için değerlendirme yapılırken suçların niteliksel ve niceliksel özellikleri dikkate alınır. Ağırlık gereksinimi, yüksek bir eşik belirlemekte, potansiyel bir insan ticareti vakasının büyük ölçekli olmasını talep etmekte ve az sayıda mağdur bulunan insan ticareti vakalarını dışlamaktadır.<sup>68</sup>

Günümüzde insan ticaretinin yaygınlığını dikkate aldığımızda bu ağırlık eşiğinin bazı durumlarda karşılanabileceğini söylemek mümkündür. İnsan ticareti, Holokost, Ruanda, Irak Savaşı, Kore Savaşı, Vietnam ve her iki Dünya Savaşının toplamından daha fazla mağduru etkilemiştir. Spesi-

<sup>66</sup> Bu duruma örnek olarak Myanmar veya Kuzey Kore'de olduğu gibi devletin kendisi kölelikle uğraştığında ya da hükümetler Boko Haram ya da DAESH gibi terörist grupları engelleyememesini gösterebiliriz. Bkz. **Wilt**, 2016, s. 283.

<sup>67</sup> Detaylı bilgi için bkz. David **Tolbert**/Laura A. **Smith**, "Complementarity and the Investigation and Prosecution of Slavery Crimes", *Journal of International Criminal Justice* 14, 2016, s. 429-451; Joshua Nathan **Aston**/Vinay N. **Paranjape**, "Human Trafficking and Its Prosecution: Challenges of the ICC", Aralık 2012, <https://ssrn.com/abstract=2203711>, E.T. 28.10.2022.

<sup>68</sup> Camilla **Antila**, *Human trafficking as a crime against humanity – the potential to prosecute human trafficking at the International Criminal Court*, Yüksek Lisans Tezi, University of Helsinki Faculty of Law Criminal Law, 2019, s. 59.

fik olarak Myanmar'da Rohinya Müslümanlarına yönelik gerçekleşen insan ticaretinin insanlığa karşı suçların ağırlık eşliğini karşıladığı ileri sürülmektedir.<sup>69</sup>

## B. Pratik Sınırlar

UCM'nin insan ticareti vakalarını yargılamasının önünde yukarıda bahsedilen hukuki sorunlara ilaveten pratik sınırlar da bulunmaktadır. Bu sınırları, Mahkemenin kaynaklarının kısıtlı olması, soruşturmaların tehlikeli bölgelere uzanabilmesi, tanık güvenliği ve sınır ötesi soruşturmalarla ilgili zorluklar olarak sayabiliriz.<sup>70</sup>

UCM belirli bir bütçeye sahiptir ve mahkemenin işlevi bu bütçe çerçevesinde yürütülmektedir. Her yeni soruşturma ek maliyet getirmekte, Mahkemenin bütçe artışları ise beklentinin altında gerçekleşmektedir.<sup>71</sup> Sınırlı bütçe, UCM'nin belirli bir suç hedef alan soruşturma ve kovuşturmaları başlatmak için gerekli kaynaklara sahip olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.<sup>72</sup> UCM, şu ana kadar genellikle mevcut olan çatışmalara istinaden birçok suç içine alan soruşturmalar başlatmıştır. Bu yüzden sınırlı bütçe, Mahkemenin, çatışmanın olmadığı ve sadece insan ticaretinin gerçekleştiği olaylarla ilgili geniş çapta faaliyet göstermesine engel olma potansiyeli taşımaktadır.

Mahkemenin karşılaşabileceği bir başka sorun, soruşturmaların tehlikeli bölgelerde yürütülmesi ihtimalidir. Modern kölelik biçimleri ve insan ticareti genelde ulaşımın sınırlı ve zorlu olduğu bölgelerde ortaya çıkmaktadır.<sup>73</sup> Dahası, suçun işlendiği bazı bölgelere askeri destek olmadan girmek tehlikeli ve maliyetli olabilir.<sup>74</sup> Örneğin, Peru hükümetinin ülkenin

<sup>69</sup> Haraldsen, s. 52.

<sup>70</sup> Corrie, s. 298.

<sup>71</sup> **Institute for War and Peace Reporting**, ICC Secures Budget Increase, 20 Haziran 2014, <https://iwpr.net/global-voices/icc-secures-budget-increase>, E.T. 29.10.2022; Ayrıntılı bilgi için bkz. Stuart Ford, "How Much Money Does ICC Need?", The Law And Practice Of The International Criminal Court, Editör Carsten Stahn, Oxford University Press, 2015, s. 84-104.

<sup>72</sup> Corrie, s. 298.

<sup>73</sup> Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including causes and consequences, UN Doc. A/HRC/24/43, 1 July 2013, s. 40, (Bundan sonra kısaca 2013 Kölelik Raporu olarak anılacaktır).

<sup>74</sup> Corrie, s. 299.

bazı bölgelerindeki kölelikle mücadelesi sınırlıdır. Çünkü bu bölgelerde yasadışı olarak faaliyet gösteren silahlı gruplar mevcuttur ve askeri destek olmadan müdahale mümkün değildir.<sup>75</sup> UCM ise soruşturmasını yürütmek için askeri destekten ve ulusal kolluk kuvvetlerinin sahip olduğu imkânlardan yoksundur. İlgili devletler de çeşitli sebeplerden ötürü askeri destek vermek istemeyebilir.

Tanıkların korunması da mahkemenin yürüteceği soruşturmalarda karşılaşılabileceği bir başka sorundur. İnsan tacirlerinin, mağdurlara, aleyhlerinde ifade vermemeleri için zarar vermesi hatta öldürmesi imkân dâhindedir. Buna engel olmak için gerekli olan gelişmiş bir tanık koruma sistemine UCM sahip değildir.<sup>76</sup> Mahkeme, imkânlarının kısıtlı olduğunu bildiğinden soruşturmalarda riskten kaçınan bir tutum takınmaktadır. Örnek olarak Mahkeme, Darfur'da devam eden çatışmalar nedeniyle tanıkların veya mağdurların korunmasını sağlayamayacağı için durumu Darfur'a soruşturmacı göndermeden yürütmeye karar vermiştir.<sup>77</sup>

UCM'nin önüne gelen davaları dikkate aldığımızda, dava konusu suçların çoğu bir ülkenin belirli bir bölgesinde gerçekleşmiştir. İnsan ticareti ise belli bir ülkenin sınırları içerisinde değil farklı ülkelerde hatta farklı kıtalarda karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden UCM'nin soruşturma kapsamında insan ticareti ağlarını takip edip tespit etmesi, farklı ülkelerde soruşturmalar yürütmesi gerekebilir. Böyle bir durumda da UCM'nin ilgili ülkeden izin alması gerekecektir. Soruşturmanın UCM'ye karşı olumsuz bir tavır takınan ülkelere uzaması durumunda Mahkemenin işi oldukça zordur. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri, topraklarında UCM'nin soruşturma yapmasını açıkça yasaklayan yasalar oluşturmuştur.<sup>78</sup> İnsan ticaretinin sınıraşan niteliğinin olumlu tarafı ise eğer bir insan ticareti ağı

<sup>75</sup> **2013 Kölelik Raporu**, s. 43.

<sup>76</sup> **Corrie**, s. 300.

<sup>77</sup> Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593' 13 December 2005, [http://iccnw.org/documents/LMO\\_ProStatementSC\\_13Dec05\\_Eng.pdf](http://iccnw.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf), E.T. 29.10.2022.

<sup>78</sup> Bkz. Amerikan Askerlerinin Korunması Kanunu, 2 Ağustos 2002; ABD, Roma Konferansı'nda Statü aleyhine oy kullanmış, sonradan Başkan Bill Clinton Statüyü imzalamış fakat onay işlemi yapılmadan sonraki Başkan George W. Bush yönetimi 6 Mayıs 2002'de Statü'ye koyulan imzayı geri çekmiştir.

farklı devletlerde faaliyet gösteriyorsa, bu durum UCM'ye söz konusu ülkelerde de soruşturma ve kovuşturma yetkisi verecektir.<sup>79</sup>

UCM'nin modern kölelik ve insan ticaretini kovuşturmasının önündeki bahsedilen pratik engeller genel itibariyle diğer uluslararası suçlar için de geçerlidir. Bahsedilen engellerin çözümünün bulunması mümkündür. Mahkemenin ulusal kolluk kuvvetleri ve yerel STK'larla iş birliği, taraf devletlerden yeterli mali destek alması söz konusu sorunların çözümüne katkıda bulunacaktır. Ayrıca UCM'nin insan ticaretine karşı harekete geçmesi, Mahkeme'ye yöneltilen sadece Afrika devletlerine ve liderlerine yönelik soruşturmalar yürüttüğü eleştirilerinin giderilmesine de yardımcı olacak ve işlevselliğini arttıracaktır. Modern kölelik ve insan ticareti vakaları Afrika'ya kıyasla dünyanın diğer bölgelerinde daha yaygındır.<sup>80</sup>

### III. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN MÜDAHİL OLMASININ OLASI ETKİLERİ

UCM, modern kölelik ve insan ticaretiyle ilgili durumları yargılamaya başlasa bile Mahkemenin çabaları bahsedilen uygulamaların dünyadan silinmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Mahkeme, bilhassa yoksulluk, eğitimsizlik, ucuz iş gücü talebini arttıran yüksek kâr hedefi<sup>81</sup> veya köleliğin ve insan ticaretinin temelini oluşturan ayrımcılık gibi nedenleri ortadan kaldıramaz.<sup>82</sup>

BM Modern Kölelik Çeşitleri Özel Raportörü Urmila Bahoora'ya göre, Uluslararası Ceza Yargısı, kölelikle mücadelede caydırıcılığa sahip önemli bir bileşen olsa da ırkçılık, kurumsal ve sistematik eşitsizlik, ayrımcılık, cinsiyet eşitsizliği, aşırı fakirlik, çatışma, çevresel felaketler ve

<sup>79</sup> Corrie, s. 301.

<sup>80</sup> 2014 yılı itibariyle Asya ve Pasifik ülkelerinde 23,5 insan modern köle olarak tutulmaktadır. Global Slavery Index 2014, s. 33; Uluslararası Çalışma Örgütü raporuna göre dünyada en yüksek zorla çalıştırma oranlarına sahip bölgeler orta ve güneydoğu Avrupa ülkeleri ile Bağımsız Devletler Topluluğu üye devletleridir. Bkz. 2013 Kölelik Raporu, s. 8.

<sup>81</sup> Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery including its causes and consequences, UN Doc. A/HRC/27/53, 22 Temmuz 2014, s. 25.

<sup>82</sup> Corrie, s. 302.

eğitim yetersizliği gibi kölelik ve insan ticareti için ortam yaratan sebeplerle mücadele edecek şekilde kurgulanmamıştır.<sup>83</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü Zorla Çalıştırmayla Mücadele Özel Programı yöneticisi Beate Andrees'e göre de, benzer şekilde, insan ticareti çeşitleri arasında yer alan zorla çalıştırma uygulamalarının temelini oluşturan sosyo-kültürel ilişkiler, yalnızca uluslararası ceza yargılaması yoluyla değiştirilemez veya dönüştürülemez.<sup>84</sup> Andrees, savaş suçu ve insanlığa karşı suç olarak ele alınan köleliğe ilişkin uluslararası ceza kovuşturmalarının, modern kölelik, insan ticareti ve benzeri uygulamalar üzerinde etkisinin sınırlı olabileceği görüşündedir. İnsan ticareti genelde çatışma alanlarında değil dünyanın her yerinde günlük yaşamın içerisinde gerçekleşmektedir. Mesela insan ticaretinde bir sömürü türü olan zorla çalıştırma mağdurlarının çoğunluğu, diktatörlerin, suç çetelerinin veya savaş lordlarının köleleri değildir, kayıt dışı ve ana akım ekonomik sektörlerde baskı ve zorlama altında çalışmaktadır.<sup>85</sup> Nijer'deki köle ticareti, Benin'deki zorla çalıştırma veya Gambiya'daki zorla dilendirme vakalarının da silahlı çatışmalarla bir alakası yoktur.<sup>86</sup>

İnsan ticaretinin yaygınlaşması, bölgesel uluslararası ceza mahkemelerinin veya UCM'nin bu suçlarla mücadelede daha aktif olması gerektiği beklentisini de beraberinde getirmektedir. UCM insan ticaretini tek başına yenemese de insan ticaretiyle mücadeleye önemli bir katkı sağlayabilir. Devlet görevlileri, UCM'ye kıyasla daha savunmasız oldukları için insan tacirleri tarafından yapılabilen şiddet, korkutma ve rüşvet gibi eylemlerden etkilenebilir.<sup>87</sup> Buna karşın suçluların, kişisel çıkarları veya kazanç fırsatları olmayan yargıçlara sahip bağımsız bir uluslararası yargı organı olan UCM'yi etkilemesi çok daha zordur.<sup>88</sup>

---

83 Bkz. Urmila **Bhoola/Kari Panaccione**, "Slavery Crimes and the Mandate of the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 363-373.

84 Beate **Andrees**, "Defending Rights, Securing Justice: The International Labour Organization's Work on Forced Labour", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 344.

85 **Andrees**, s. 344.

86 *Global Slavery Index 2013*, s. 59, 65.

87 **Obokata**, s. 454.

88 **Obokata**, s. 454.

Cockayne'e göre, uluslararası ceza yargısı, kölelik ve insan ticaretine ilişkin yapacağı yargılamalarla caydırıcılık sağlayabilir.<sup>89</sup> UCM önüne getirilecek insan ticareti davalarının büyük bir etkiye sahip olması için çok sayıda olmasına veya yaygın olarak yürütülmesine gerek yoktur. Mahkemenin görünürlüğü yüksek bir veya iki kovuşturması dahi ulusal yargı kurumları ve yasa koyucular üzerinde büyük bir etki yaratacaktır. UCM'nin, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan ticaretini insanlığa karşı suç olarak yargılaması, faillerin, masum sivillere karşı suç işlediklerinde uluslararası ceza hukuku ve adaletinden kaçamayacaklarını gösterecektir.<sup>90</sup>

## SONUÇ

UCM, önceki *ad hoc* mahkemelerin aksine belirli bir silahlı çatışma için kurulmamıştır. Roma Statüsü m. 7'de düzenlenen insanlığa karşı suçların formülasyonu mahkemeye silahlı çatışmalar dışında işlenen suçları da yargılama kapasitesi vermektedir. Ancak Mahkeme önündeki davalara baktığımızda, insanlığa karşı suçlara yönelik kovuşturmalar belirli bir silahlı çatışma kapsamında işlenenlerle sınırlıdır. Gelecekte de UCM yargıçıları genel olarak daha korumacı bir insanlığa karşı suçlar anlayışını tercih edip geleneksel saldırı bağlamı dışında gerçekleşen suçların insanlığa karşı suçlar oluşturduğunu kabul etmeyebilir.<sup>91</sup> Modern kölelik ve insan ticareti ise genellikle silahlı çatışmaların dışında ortaya çıkmaktadır.

UCM'nin insan ticaretine karşı harekete geçmesinin önünde, yargı yetkisinin sınırlı olması, insanlığa karşı suçların ön şartlarının karşılanmamasının zorluğu gibi hukuki ve bütçe kısıtlılığı, suçun sınır aşan niteliği gibi pratik engeller bulunmaktadır. Tavakoli'ye göre, insan ticaretinin Roma Statüsü'ne dâhil edilmesi, suçun ağırlığını ve ciddiyetini yansıtan, suçla

<sup>89</sup> **Cockayne**, s. 471.

<sup>90</sup> **Obokata**, s. 456-457; **Wilt**'e göre insanlığa karşı suç olarak köleleştirme, uluslararası ceza mahkemelerinin ve UCM'nin yetki alanına girse de insan ticareti ulusal yargı makamlarına bırakılmalıdır. Bunun sebeplerinden biri ulusal yargı makamlarının kapasitesinin artması ve devletlerarası yardımlaşmanın çoğalmasındır. Uluslararası ceza mahkemelerinin ulusal yargı makamlarına oranla daha başarılı olup olmayacağı da şüphelidir. Yazara göre ceza hukuku toplumsal sorunları tek başına iyileştiremez ancak iyi bir rol oynayabilir, bunun için de yargı yetkisi kaynaklarını seferber ederek ceza hukuku pratiğini diğer tedbirlerle birleştirebilen devletlere bırakılmalıdır. Bkz. **Wilt**, 2014, s. 334.

<sup>91</sup> **Corrie**, s. 296; **Jane**, s. 33.



mücadelede yararlı bir araç olarak görülebilir.<sup>92</sup> Ancak insan ticareti vakalarının çoğunlukla insanlığa karşı suçların ön şartlarını karşılayamadığı dikkate alındığında Roma Statüsü'ndeki düzenleme uygulanabilirlikten uzaktır.<sup>93</sup> Köleleştirme altında insan tacirlerinin yargılanması, insan ticareti vakalarının büyük çoğunluğuyla mücadele için bir araç olarak pek işe yaramamaktadır.

İnsan ticaretinin insanlığa karşı bir suç olarak yargılanmasının, cezai sorumluluğun tesis edilmesinin yanı sıra insan hakları açısından da faydalı olacağı aşikardır. Bu kabul, insan ticareti mağdurlarının hem uluslararası insan hakları hukuku hem de uluslararası ceza hukuku kapsamında korunmasını sağlayacaktır. Ayrıca insan hakları normlarının ve ilkelerinin uluslararası düzeyde cezai yargılama yoluyla devlet dışı aktörlere karşı uygulanması mümkün hale gelecek, bu durum da insan hakları normlarının takibi için devletler ve uluslararası toplum üzerinde daha fazla baskı oluşturacaktır.<sup>94</sup> Ulusal yargı sistemleri çöktüğünde, devletin kendisi insan ticaretiyle uğraştığında veya devlet görevlilerinin rüşvet gibi sebeplerle bu suçla mücadelede isteksiz olduğunda ulusal hukuk düzeninden sonuç beklemek pek gerçekçi olmayacaktır. Bu tür durumlarda, UCM insan ticaretiyle mücadele için yararlı bir mekanizma işlevi görebilir. Ancak UCM tarafından insan ticareti vakalarına ilişkin yargı yetkisinin kullanılması, hukuki ve pratik engeller sebebiyle oldukça zor görünmektedir.

---

92 Nina **Tavakoli**, "A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A Proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime", *International Criminal Law Review*, 9, 2009, s. 81.

93 **Tavakoli**, s. 81.

94 **Obokata**, s. 456.

**KAYNAKÇA**

**Andrees**, Beate. "Defending Rights, Securing Justice: The International Labour Organization's Work on Forced Labour". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 14, 2016, s. 343-362.

**Antila**, Camilla. Human trafficking as a crime against humanity – the potential to prosecute human trafficking at the International Criminal Court. Yüksek Lisans Tezi, University of Helsinki Faculty of Law Criminal Law, 2019.

**Aston**, Joshua Nathan/**Paranjape**, Vinay. "Human Trafficking and Its Prosecution: Challenges of the ICC". Aralık 2012, <https://ssrn.com/abstract=2203711>, E.T. 28.10.2022.

**Atak**, Idil/**Simeon**, James. "Human Trafficking; Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice". *Journal of International Criminal Justice*. 12, 2014, s. 1019-1038.

**Bassiouni**, M. Cherif/**Schabas**, William. *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition*, Brill Nijhoff, 2016.

**Bhoola**, Urmila/**Panaccione**, Kari. "Slavery Crimes and the Mandate of the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery". *Journal of International Criminal Justice*. 14, 2016, s. 363-373.

**Boister**, Neil. "Transnational Criminal Law". *European Journal of International Law*. Vol. 14, 2003, No. 5, s. 953-976.

**Cassese**, Antonio. "Crimes Against Humanity". *The Rome Statute Of The International Criminal Court A Commentary*, Editörler, Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones, Oxford University Press, 2002.

**Cockayne**, James. "The Anti-Slavery Potential of International Criminal Justice". *Journal of International Criminal Justice*. 14, 2016, s. 469-484.

**Corrie**, Karen L. "Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?". *Journal of International Criminal Justice*. 14, 2016, s. 285-303.

**Fitzpatrick**, Joan. "Trafficking as a Human Rights Violation: The Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking". *Michigan Journal of International Law*. Vol. 24, No. 4, 2003, s. 1143-1167.

**Ford**, Stuart. “How Much Money Does ICC Need?”. *The Law And Practice Of The International Criminal Court*, Editör Carsten Stahn, Oxford University Press, 2015, s. 84-104.

**Haraldsen**, Janne. *Human Trafficking as a Crime Against Humanity: An analysis of the legal potential to prosecute human trafficking in the International Criminal Court with reference to the trafficking of Rohingya Muslims in Southeast Asia*. Yüksek Lisans Tezi, Oslo Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2004, <https://www.duo.uio.no/handle/10852/40117>, E.T. 28.10.2022.

**ICF International**. *Prosecuting Human Trafficking Cases: Lessons Learned and Promising Practices*, 2008, Report submitted to the US National Institute of Justice.

**Institute for War and Peace Reporting**. *ICC Secures Budget Increase*, 20 Haziran 2014, <https://iwpr.net/global-voices/icc-secures-budget-increase>, E.T. 29.10.2022.

**Jane**, Kim. “Prosecuting Human Trafficking As A Crime Against Humanity Under The Rome Statute”. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1779263](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1779263), E.T. 29.10.2022.

**Jansson**, Dominika Borg. *Modern Slavery, A Comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*. Brill Nijhoff, 2015.

**Mattar**, Mohamed Y. “The International Criminal Court (ICC) Becomes a Reality: When Will the Court Prosecute The First Trafficking in Persons Case?”. *The Protection Project*, 9 Temmuz 2002, s. 1, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2203711](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203711), E.T. 21.11.2022.

**Moran**, Clare Frances. “Human Trafficking And The Rome Statute Of The International Criminal Court”. *The Age of Human Rights Journal*. 3, Aralık 2014, s. 32-45.

**Obokata**, Tomoya. “Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 54, No. 2, Nisan 2005, s. 445-457.

**Pazarıcı**, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap. 3. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

**Pesman**, Anne Marie. *Prosecuting Human Trafficking Cases as a Crime Against Humanity?*. Yüksek Lisans Tezi, Amsterdam Üniversitesi, Uluslararası Kamu Hukuku, 2012.

**Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including causes and consequences.** UN Doc. A/HRC/24/43, 1 July 2013.

**Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences.** UN Doc. A/HRC/27/53, 22 July 2014.

**Schabas, William A.** “Crimes Against Humanity: The State Plan or Policy Element”. The theory and practice of international criminal law: Essays in honor of M. Cherif Bassiouni, Editörler Leila Nadya Sadat, Michael P. Scharf, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

**Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court.** Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593’ 13 December 2005, [http://iccnow.org/documents/LMO\\_ProStatementSC\\_13Dec05\\_Eng.pdf](http://iccnow.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf), E.T. 29.10.2022.

**Siller, Nicole.** Trafficking in Persons under International Law and its Incorporation within Enslavement as a Crime against Humanity. Doktora Tezi, Groningen Üniversitesi, 2017.

**Tavakoli, Nina.** “A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A Proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime”. *International Criminal Law Review*. 9, 2009, s. 77–98.

**Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, R. Murat.** Uluslararası Ceza Hukuku. 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**Tolbert, David/Smith, Laura A.** “Complementarity and the Investigation and Prosecution of Slavery Crimes”. *Journal of International Criminal Justice*. 14, 2016, s. 429-451.

**United States Department of State.** Trafficking in Persons Report: June 2014, <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/226848.pdf>, E.T. 29.10.2022.

**United States Department of State.** Trafficking in Persons Report, 2020, <https://www.state.gov/reports/2020-trafficking-in-persons-report/>, E.T. 29.10.2022.

**Usta, Ogün.** Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasası. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

**Walk Free Foundation.** Global Slavery Index. 2013.

**Walk Free Foundation.** Global Slavery Index. 2014.

**Wilt, Harmen.** “Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts”. *Chinese Journal of International Law*. 2014, s. 297–334.

**Wilt, Harmen.** “Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions”. *Journal of International Criminal Justice*. 14, 2016, s. 269-283.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

**Immanuel Kant'ın "Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi"  
Adlı Kitabının İncelemesi\***

**Book Review of Immanuel Kant's "Metaphysics of Morals, Doctrine of Law"**

  **Arş. Gör. Caner BİRDAL\*\***

**ÖZET**

Immanuel Kant, görüşleriyle felsefe tarihini derinden etkilemiş Alman filozoflardan biridir. Kant'ın, ahlak felsefesine yaptığı katkının yanında hukuk öğretisine yaptığı katkı da oldukça önemlidir. İncelemeye konu olan kitap, düşünürün 1797'de yayımladığı son dönem eserlerinden biridir. "*Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*" adını taşıyan eser, düşünürün iki bölümden oluşan ve ikinci bölümünü "*Erdem Öğretisi*" bölümünün oluşturduğu "*Ahlak Metafiziği*" adlı çalışmasının birinci bölümünü oluşturur. Kitapta düşünür, hukuku

\* Immanuel Kant, *Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi*, Çev. Altan Heper, Fol Kitap, Ankara 2022.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Kitap İncelemesi/Book Review**

**Geliş/Received:** 16.11.2022 | **Kabul/Accepted:** 05.12.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** Caner Birdal, "Immanuel Kant'ın Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisi Adlı Kitabının İncelemesi", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (549-560).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

ahlak metafiziğinden hareketle açıklarken ahlakla hukuk arasında bir ayırım oluşturma gayreti içinde olmuş ve kendi etik anlayışından ileri gelen bir sınır noktası oluşturmuştur. Günümüzde pozitif hukukun liberal temellerinin kavranması ve düşünürü doğal hukuk perspektifinden yorumlamanın yeniden sorgulanması için eser büyük bir öneme sahiptir.

**Anahtar Kelimeler:** Kant, Ahlak, Hukuk, Metafizik, Hukuk Öğretisi.

## ABSTRACT

Immanuel Kant is one of the German philosophers who deeply influenced the history of philosophy with his views. In addition to his contribution to moral philosophy, his contribution to the doctrine of law is also very important. The book, which is the subject of the review, is one of the last period works of the philosopher published in 1797. The work named “*Metaphysics of Morals Doctrine of Law*” constitutes the first part of the work of the philosopher named “*Metaphysics of Morals*”, which consists of two parts and the second part consists of the “*Doctrine of Virtue*”. In the book, the philosopher tries to create a distinction between morality and law while explaining law from the metaphysics of morality and creates a boundary point arising from his own ethical understanding. Today, the work has a great importance for understanding the liberal foundations of positive law and questioning the natural law perception of the philosopher.

**Keywords:** Kant, Morality, Law, Metaphysics, Doctrine of Right.

## GİRİŞ

Immanuel Kant, 1724-1804 yılları arasında yaşamış, felsefe tarihini görüşleriyle derinden etkilemiş Alman filozoflardan biridir. Aydınlanma denince akla gelen ilk filozoflardan biri olan Kant, kendinden önceki rasyonalizm ve empirizm düşüncelerini bir araya getirerek yeni bir model oluşturmuş, ne salt rasyonalist düşünceyle ne de empirizmle ahlakın ve bilimin temel ilkelerine ulaşılabilceğini düşünerek eleştirel bir felsefi düşünüşle bu ilkeleri ortaya koymaya çalışmıştır. Eleştirel akıl sentezinin yanında onu Aydınlanma filozofu kılan diğer hususlar, bilimi felsefi bir temellendirme çabası içine girerek empirist yöntemi temele alması ve etik anlayışında aklın mutlak otoritesini kabul ederek bu anlayışını akla dayanarak temellendirmesidir<sup>1</sup>. Kant’ın ahlak düşüncesine yaptığı katkının yanında her ne kadar daha az bilirse de hukuk öğretilerine yaptığı katkı da oldukça önemlidir. Düşünürün, hayatının son dönemlerinde kaleme aldığı ve hukuk öğretilerine ilişkin görüşlerinin yer aldığı eserde, akıldan hareketle temellendirilen ahlak anlayışının yanında birazdan değineceğimiz hu-

<sup>1</sup> Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, 8. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2018, s. 708.

kukla ahlak arasında bir ayırım oluşturma ihtiyacı içerisinde olması ve birbirlerine temas eden noktalar olsa da ahlakla hukuk arasında kendi etik anlayışından ileri gelen bir sınır noktası oluşturması güncel hukuk felsefesi literatürü için de önem arz etmektedir. Günümüzde sınırları belirsiz bir doğal hukuk-pozitif hukuk tartışması içine çekilen ve doğal haktan hareket ettiği düşünülen herhangi bir düşünürün düşüncelerinin temelinden kavranmadan doğal hukuk düşüncesine sahip olduğu kabulünden ilerleyen hukuk felsefesi literatüründeki tartışmalar anlamsız kalmaya mahkumdur. İşte inceleyeceğimiz bu eserin önemi de buradadır. 18. yüzyılın bu önemli düşünürünün doğrudan hukuk öğretilerine yönelik düşünceleri, pozitif hukukun liberal temellerini kavramada öncü bir rol üstlenebilir ve hukukun “ne”liği meselesine farklı bir bakış açısı getirerek, bilinen kalıplar dışına çıkarak Kant’ın kendisine yüklenen doğal hukukçu algısını ortadan kaldıracaktır.

“*Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*” eseri Kant’ın 1797’de kaleme aldığı, iki bölümden oluşan ve ikinci bölümünü “*Erdem Öğretisi*” bölümünün oluşturduğu “*Ahlak Metafiziği*” adlı çalışmasının birinci bölümünü oluşturur. Ahlak Metafiziğinin bu şekilde iki bölüme ayrılarak anlatılması, yazarın ilk olarak hem ahlakı hem de hukuku birazdan değineceğimiz farklılıklarıyla birlikte ahlak felsefesinden hareketle, başka bir deyişle metafizikten ayrılmayarak açıkladığı; ancak hukuki ve ahlaki yükümlülükler arasında bir ayırım yaptığı anlamına gelmektedir. “*Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*” başlığını taşıyan birinci kitap iki kısımdan oluşur. İlk kısım “*Özel Hukuk*”, ikinci kısım “*Kamu Hukuku*”na dairdir. Özel hukuk kısmı da “*Birinin Sahipliği Olarak Dışsal Bir Şeylerin Türü Üzerine*” başlığıyla zilyetliği, “*Dışsal Bir Şeyleri Kazanmanın Türü Üzerine*” başlığıyla mülkiyeti ve “*Kamusal Yargının Kararıyla Öznel Koşullu Kazanım Üzerine*” başlığıyla özel kazanım türlerini açıkladığı üç bölüme ayrılır. “*Dışsal Bir Şeyleri Kazanmanın Türü Üzerine*” başlığını taşıyan ikinci bölüm de kendi içinde eşya hukuku, sözleşme hukuku ve kişiler üzerinde eşyalara benzer haklar şeklinde üçe ayrılır. Kamu hukuku kısmı da devlet, devletler ve dünya vatandaşlığı hukuku olmak üzere üç kesimden oluşur.

## I. AHLAK METAFİZİĞİ NEDEN ZORUNLUDUR?

Kant’ın ahlak metafiziğinden hareket ederek hukuk öğretisini oluşturduğunu yukarıda zikretmiştik. Yazar, eserine ahlak metafiziğinin neden zorunlu olduğunu açıklayarak başlar. Bireyler özgür olduklarından ve özgür oldukları sürece de pratik akla sahip olduklarından ahlak öğretileri



herkese buyurucu hükümler getirir. Pratik felsefenin nesnesinin seçimin özgürlüğü olması da bunu kanıtlar. Başka bir deyişle, ahlak metafiziğini şart kılan pratik felsefe, bireylerin özgür failer olduklarını varsaydığından akıldan ileri gelen ve her bir fail için bir ödev dönüşecek *a priori* ilkelere ihtiyaç duyar<sup>2</sup>. Zira aklın kendisi yazara göre nasıl davranılması gerektiğinin bilgisini verir. Akıldan çıkarılan buyurucu hükümler de tüm insanlar için ödev niteliğindedir. Bu sebeple Kant, yaşadığı çağda bilhassa İskoç aydınlanmacıların başvurduğu tarihselci bir yaklaşıma ve antropolojiye karşı çıkararak ahlak metafiziğinin tarihle ya da antropolojik verilerle kanıtlanamayacağını ileri sürer. Ona göre ahlak metafiziği antropolojiyle temellendirilemez; ancak antropolojiye uygulanabilir.

Ahlak yasaları imperatif (emirler ve yasaklar) ve kategorik (koşulsuz) imperatiflerden oluşur. İmperatif öznel bir zorunluluk taşıyan ve bir amaç için araç işlevi üstlenen buyrukken, kategorik imperatifte eylem nesnel ve zorunlu olarak, başka hiçbir amaçla bağlantı kurmaksızın ortaya çıkar<sup>3</sup>. Burada *istek yetisi* kavramına bakmak gerekir. İstek yetisi, tasarımlar aracılığıyla bu tasarımlara ilişkin nesnelere sebebi olan yeti<sup>4</sup> olarak tanımlanır. Eğer istek yetisi nesnenin ortaya çıkmasına yönelik olarak bilinçle hareket ederse *seçime* dönüşür. İstek yeteneği ise *istenç* olarak adlandırılır. Saf akılla belirlenebilen seçim, özgür seçim; yalnızca duyuşal itkiyle belirlenebilen seçim, hayvani bir seçimdir. Ancak saf akıl, nesnelere bağımsız olarak seçim yeteneğine uygulandığında yasa malzemesini kendinde taşımadığından en üst yasaları oluşturmaz ve insanların maksimleri bu nesnel ilkelerle uyuşmaz. İstek yetisi nesnenin kendisinde bulunmadığından, başka bir deyişle istek eylemle ilgili olmadığından ve kendisi hiçbir yasaya tabi olmadığından bunu mutlak olarak vazedecek olan saf aklın imperatif kural koyma yetisidir. Her bir eylem, genel bir yasa haline gelmedikçe insandaki seçme özgürlüğü ortaya çıkamaz. Kant'a göre seçme özgürlüğünü yaratan saf akıldır; bunun aksi salt eğilimlerden ileri gelen hayvani bir seçim yaratırdı; zira saf akıl evrensel ve nesnel ilkeleri yaratarak ahlak yasalarını *a priori* şekilde ortaya çıkarır. Ahlak yasaları her-

2 Immanuel **Kant**, *Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisi*, Çev. Altan Heper, Fol Kitap, Ankara 2022 s. 44.

3 Taşkın **Kentenci**/Metin **Topuz**, "Kant ve Nietzsche'de İsteme Kavramı", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 8, 2009, s. 6.

4 **Kant**, s. 46.

hangi bir eğilimden bağımsız olan, onları sınavan herkesin yerine getirmekte zorunlu olduklarını keşfettikleri yasalar<sup>5</sup>. Bu yasalarda yalnızca dışsal eylemler ve bunların yasalara uygunluğu söz konusu olduğunda bu yasalar “hukuki yasalar” olarak adlandırılacaktır<sup>6</sup>. Saf akıldan çıkan kategorik imperatife uygunluk, başka bir deyişle ödevde uygunluk, “yasallık”; bir eylemin maksiminin yasaya uygunluğuyse “ahlakilik” olarak adlandırılır<sup>7</sup>. Yasalar istençten çıkarken maksimler seçimden çıkar; yasalar bir kategorik imperatif içeren önermelerken maksimler, öznenin nasıl eylemesi gerektiğine yönelik kendisine kural olarak koyduğu eylemin öznel ilkesini oluşturur.

Kant dışsal bir yasa koyucunun var olduğu durumlarda çıkarılan bağlayıcı yasaları *dışsal yasalar* olarak adlandırırken, bir dışsal yasa koyucu olmasa dahi *a priori* olarak akılla tanınabilecek yasaları *doğal yasalar*, dışsal yasa koyucu olmaksızın hiçbir şekilde bağlayıcılığı olmayacak yasaları ise *pozitif yasalar* olarak adlandırır. Kant’a göre salt pozitif yasalar içeren bir yasa koyucu olabilirse de doğa yasasının bunun önünde olduğunu iddia ederek doğal yasayı önceler, bunu pozitif yasanın önüne koyarak doğal yasanın dışsal yasa koyucunun otoritesini temellendirdiğini iddia eder<sup>8</sup>. Kant, etiği, bir eylemi ödev yapan ve bu ödevi itki haline getiren şey olarak tanımlar. Eğer bu eylemi, ödev, bir itki haline getirmezse artık bu eylem etik değil hukuki hale gelir. Başka bir deyişle hem etik hem de hukuk, ödev haline gelen eylemlerden oluşsa da hukukta eylemi bir itki haline getiren, etikte yer alan ödev idesi değildir. Hukukla ahlak arasındaki ilk fark buradadır. İkinci bir farklılık hukuk öğretisinin erdem öğretisinden yasa koyucunun farklılığı sebebiyle ayrılmasıdır. Etik yasa koyucu, dışsal olmayan yasa koyucuyken; hukuku vazeden yasa koyucu, dışsal da olabilen yasa koyucudur<sup>9</sup>. Kanımızca ahlak ve hukuk ayırımına yönelik bu kısım oldukça çelişkili görünmektedir. Kant bu durumu sözleşmeye uyma davranışı üzerinden anlatmaktadır. Sözleşmeye uygun vaadi tutmak dışsal bir ödevdir; ancak bireyler bunu dışsal bir ödev olduğunu dikkate almadan kategorik imperatif niteliği gereği yerine getirebilirler.

5 Murat Satıcı, Kant’ın Hukuk Felsefesi, Doruk Yayınları, Ankara 2020, s. 85.

6 Kant, s. 50.

7 Kant, s. 55.

8 Kant, s. 58.

9 Kant, s. 61.

Yani bu ödevi etik yasa koyucunun otoritesine bağlı kalarak yerine getirilebilirler, dışsal bir yasa koyucuya ihtiyaç duymazlar. Kant'a göre etik, hukukla ortak ödevleri içerir; ancak etiğin hukukla yükümlülüklerin türü açısından ortak bir yanı yoktur. Düşünür burada dışsal olanı içsel olandan ayırmaya çalışır; ancak etikle hukukun yaptırım boyutu dışında ortak ödevlere sahip olduğunu da söyler. İşte tam burada bir çelişki varmış gibi görünmektedir. Zira gündelik hayatta bireyler arasındaki hukuki ilişkilere bakıldığında dışsal olarak adlandırılan her eylemin içerisinde içsel olanın da var olduğu, içsel olandan hareketle zaten bu ödevin yerine getirilebileceği, dışsal olana yaptırımın türü dışında ihtiyaç duyulmayacağı söylenebilir. Söz gelimi iki birey arasında yapılan satış sözleşmesinde bireylerin karşılıklı edimlerinin itkisinin hukuki ödevler olmasına gerek yoktur; zira o hukuki ödevlerden önce ahlaki ödevler gelir. Başka bir deyişle sözleşmede yer alan karşılıklı edimler, hukuki ve dışsal yasalardan önce kategorik imperatifin getirileri olan maksimlerle zaten yerine getirilebilir. Kanımızca Kant'ın hukukla ahlak arasında sert bir sınır çizmemesi burada bu çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır. Kant'ın bakış açısından herhangi bir eylemi yalnızca dışsal olarak düşünmek mümkün değildir, gündelik hayatta hukukun sirayet ettiği hemen her tekil olayda insan olmanın bir getirisi olarak içsel olanın da var olduğu açıktır. Çelişki olarak adlandırdığımız bu durum yalnızca yaptırım cinsinden bir ayırım yapıldığında ortadan kalkabilir. Ahlaki ödevlerin yani içsel olanın yaptırımı ile dışsal olan hukuki ödevlerin yaptırımları doğal olarak farklı olacaktır.

Kant ödevleri de buradan hareketle hukuki ödevler ve erdem ödevleri olarak ikiyi ayırır. Hukuki ödevler bir yasa koyucunun olası olduğu ödevlerken erdem ödevlerinde bir yasa koyucu mümkün değildir<sup>10</sup>. Hukuksal ödevlerin erdem ödevlerinden farkı, hukuksal ödevlerin bireylerin eylemlerini dışsal zorlayıcı araçlara başvurarak düzenlemesidir. Bu sebeple bu ödevler eksik ödevler olarak sınıflandırılır<sup>11</sup>. Hukuki olanla ahlaki olanın birbirinden ayrıldığı bir diğer nokta ise belirlilik ilkesine dairdir. Kant, hukuk öğretisinin, matematiksel bir kesinlik içinde her bir kişiye ait olanın belirlenmesinden emin olmak istediğini söyler; oysa erdem öğretisinde, var olan istisnalar sebebiyle bu beklenemez<sup>12</sup>. Burada da esasen hukukun, aşağıda değineceğimiz mülkiyetin korunması açısından belirli oluşunun istendiği ortadadır.

---

10 **Kant**, s. 62.

11 **Satıcı**, s. 89.

12 **Kant**, s. 74.

Eserde ahlak metafiziğinin zorunluluğu anlatıldıktan ve ahlakla etik arasındaki ayırım ortaya konulduktan sonra hukuk öğretisi bölümüne geçilir.

## II. HUKUK ÖĞRETİSİ NEDİR?

Kant'a göre hukuk öğretisi bir dışsal yasa koyucunun olanaklı olduğu yasaların bütününe denir<sup>13</sup>. Düşünüre göre hukuk birinin seçimiyle bir diğerinin seçiminin özgürlüğün genel yasaları altında birleştirilebildiği bir koşullar sistemi<sup>14</sup> olarak tanımlanır. Hukuk ilk olarak bireyler arasındaki dışsal ve fiili ilişkiyle ilgilidir. Bu açık şekilde sivil toplumdaki bireyler arasındaki sosyal, ekonomik ilişkileri ve bu ilişkiler arasındaki karşılıklılığı hatırlatır. İkinci olarak ahlakta olduğu gibi bir iyiyi isteme, yani bir seçim ilişkisi değil, bir diğerinin doğrudan seçimi anlamına gelir. Üçüncü olarak seçimin konusunun dikkate alınmaması, seçim ilişkisinin şekli şartlarının araştırılması anlamına gelir<sup>15</sup>. Bir başka deyişle hukuk, bir kişinin bir diğer kişiyle yaptığı bir alışverişte bireylerin seçimlerinin amacıyla ilgilenmez, yalnızca bu seçimlerin bir diğerinin özgürlük alanıyla uyum içinde olup olmadığını araştırır.

Kant'ın felsefesinde özgürlük başat bir kavram olarak karşımıza çıkar. Hukuk öğretisinde de özgürlük büyük bir öneme sahiptir. Düşünür hukukun genel yasasını (*Rechtsgesetz*) ödev ahlakında yer alan maksimle benzer şekilde “öyle dışsal hareket et ki, senin seçiminin özgür kullanımı birinin özgürlüğüyle genel yasalara göre birlikte olabilsin”<sup>16</sup> şeklinde ifade eder. Burada özgürlüğün kullanımı için hukukun bir zorlama yetkisine sahip olması gerekir. Bu zorlama yetkisi genel dışsal özgürlük yasasına göre hareket eder ve hukuk zorlama yetkisiyle aynı anlama gelir. Yukarıda bir çelişki olarak ortaya koyduğumuz düşünce bu açıdan bakılınca ortadan kalkabilir. Hukukun zorlama yetkisine sahip olması, cebri gücü hukuku ahlakten ayıran noktalardan biridir.

13 Kant, s. 69.

14 Kant, s. 70.

15 Kant, s. 70.

16 Kant, s. 72.

### III. ÖZGÜRLÜK

Kant, Romalı hukukçu Ulpian'ın ayırımını takip ederek hukuki yükümlülükleri<sup>17</sup> “hukuka saygılı bir insan ol”, “kimseye haksızlık etme” ve “herkese kendisinininkini ver” şeklinde ayırır. Daha sonra hakların genel ayırımını ortaya koyar. Bunu da *a priori* ilkelere dayanan doğal hak ve yasa koyucunun istencinden çıkan pozitif (statü) hak; doğuştan gelen hak ve sonradan kazanılan hak olarak ikiye ayırır. Doğuştan gelen tek hak olarak özgürlüğü görür. Özgürlük, kadim ve doğuştan gelen, herkesin insan olması sebebiyle kazandığı tek haktır<sup>18</sup>. Özgürlükle anlatılmak istenen kişinin, diğer kişilerin iradesinden bağımsız olmasıdır<sup>19</sup>.

Kant, doğuştan gelenin “benim ve senin”in içsel olarak da adlandırılabileceğini söyler; zira dışsal olan her zaman kazanılmalıdır. Doğuştan gelen hak herhangi bir işlemde bağımsız olarak doğa gereği herkesin hakkı olduğundan, “benim ve senin” olarak ifade edilen de özgürlükten ileri gelir. Düşünür, özgürlüğün tek ve doğuştan gelen bir doğal hak olmasından hareketle bu özgürlüğün dışsal dünyada tecessümü olarak “sahip olma” ve “mülkiyeti” görür. Kant'a göre hukuk, evrensel yasalara göre özgürlüğün bir arada olmasıydı; işte burada mülkiyet ve sahip olma da bu ilkenin uygulanacağı dışsal öğeler<sup>20</sup> olarak karşımıza çıkar.

### IV. ÖZEL HUKUK, ZİLYETLİK VE MÜLKİYET

Kant, günümüz öğretisinden de bilinen özel hukuk ile kamu hukuku ayırımını yapar. Ancak düşünür bu ayırımı günümüzde kabul edildiği şeklinde gerçekleştirmez. Kant'a göre özel hukuk doğal hukuk, kamu hukuku ise medeni hukuktur. Yani devletten önceki dönem için özel hukuk, devlete geçişten sonraki dönem için kamu hukuku ifadelerini kullanılır.

Kant, benim ve senin kavramlarının açıklığa kavuşturulması amacıyla zilyetlik kavramına başvurur. Burada zilyetliği duyumsal (empirik) zilyetlik ve hukuki zilyetlik olarak ikiye ayırır. Duyumsal zilyetlik bir nesneye fiziki şekilde sahip olmaktır. Hukuki zilyetlik ise, fiziki olarak o nesne zilyetlikte bulunmasa dahi o nesneye sahip olmak anlamına gelir.

<sup>17</sup> Kant, s. 78.

<sup>18</sup> Kant, s. 79.

<sup>19</sup> Gökçe Çataloluk, “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 205.

<sup>20</sup> Satıcı, s. 114.

Doğal durumda, yani devletin kurulmadığı dönemden önce dışsal şeylere sahip olma yalnızca fiziki zilyetlik (duyumsal zilyetlik) anlamına gelecektir. Doğal durumda sahip olunan zilyetlik kesin, tam bir zilyetlik değil, şartlı, geçici bir zilyetliktir. Ne zaman bu zilyetlik, tüm halkın istenciyle birleşirse o zaman kamusal yasa koyma vasıtasıyla yasal bir zilyetliğe dönüşür<sup>21</sup>. İşte sivil toplumda oluşacak, kesin, tam ve şartsız zilyetlik türü budur. Kant'ın ifadesiyle “nihai kazanım sadece devlet durumunda gerçekleşir<sup>22</sup>”.

Zilyetliğe bakıştan hareketle mülkiyet düşüncesi inşa edilir. Buna göre mülk sahipliğinin tam olarak gerçekleşmesi hem fiziksel sahipliği hem de yasal, hukukun korumasından yararlanmayla birlikte zihinsel olarak, başkalarının tanıklığını gerektirir<sup>23</sup>. Dışsal kazanımın ilkelerine göre de kişinin kendi gücü altına aldığı, kendi tercihine göre kullanabilme yetisine sahip olduğu, istenç idesine göre kendisine ait olmasını istediği şey kişiye aittir.

## V. KAMU HUKUKU

Kamu hukuku, bireylerin tamamının kendi üyeleriyle ilişkisinin devlet olarak nitelendirildiği hukuka uygun bir durum yaratılması için, kamuya yönelik ilan edilmeleri gereken yasaların bütünü anlamına gelir. Yazara göre kamu hukuku postulatı, özel hukuktan çıkan bir postulatıdır. Kant bu postulatı “diğerleriyle yan yana beraber yaşamaktan kaçınmadığında, tüm diğerleriyle birlikte doğal durumdan çıkıp, hukuki duruma, yani dağıtıcı adalet durumuna geçmelisin”<sup>24</sup> sözleriyle dile getirir. İnsanların bir arada yaşamaları dolayısıyla, insanın diğer insanlarla birlikte doğal durumdan çıkıp hukuki duruma geçişi şiddet yerine hukukun ikame edilmesi ve birinin bir diğerinin sahip olduğu şeye müdahale etmemesiyle açıklanabilir; zira hukukun olmadığı bir durumda doğal hak olan özgürlük, şiddet tekelinin olmaması, zilyetliğin nihai bir şekline sahip olunamaması ve mülkiyetin tam olarak korunamaması sebeplerinden ötürü tam olarak tesis edilemez. Kant, insanların doğa durumunda kötü eğilimlere sahip oldukları düşüncesinin deneyimden çıkarılamayacağını ortaya koyar. Ona göre iktidar gücüne sahip dışsal yasalar ortaya çıkmadan önce de insanların

21 Kant, s. 103.

22 Kant, s. 111.

23 İrmak Güngör, Immanuel Kant'ın Politika Felsefesi, İksad Yayınevi, Ankara 2020, s. 220.

24 Kant, s. 162.

doğru ve iyi görüneni yapma ve diğerlerinin düşüncesine bağlı kalmama hakları vardır; ancak buna rağmen bireyler birbirlerinin şiddetine karşı güvence altında olamazlar. Bu da insanlığı sivil topluma geçmeye zorlar.

Eserde sivil topluma geçiş, bir zorunluluk durumu olarak yansılır. Bu zorunluluk durumunun itkisini de “dışsal bana ait olan ve sana ait olan” olarak ifade edilen mülkiyet oluşturur. Yazara göre doğa durumunda geçici de olsa bir “dışsal bana ait olan ve sana ait olan” olmasaydı bunlarla ilgili hukuki yükümlülükler de olmayacaktı<sup>25</sup>. Peki bir sivil toplum durumuna nasıl geçilir ya da bir devleti meydana getiren olay nedir? Kant bu sorunun cevabında toplumsal sözleşmeye başvurur. Ancak onun toplumsal sözleşme anlayışında birey, doğuştan gelen dışsal özgürlüklerini devretmez. Bunun aksine sözleşmeyle insan vahşi, yasadışı özgürlüğünü terk eder. Başka bir deyişle özgürlüklerini kullanabilmek için sivil toplum durumuna geçerler<sup>26</sup>.

İnsanların bir sözleşmeyle sivil duruma bu şekilde geçmeleri kendi yasa koyucu istençlerine uygun düşer. Bu istençten ötürü Kant’a göre devletteki egemene direniş yoluyla karşı konulamaz, direnme hakkı yoktur, yalnızca adaletsizliklere karşı şikâyet yoluyla karşı konabilir<sup>27</sup>. Sivil toplumun oluşumuyla devlet başkanının genel yasa koyucu istencine tabi olması mümkün hale gelir. Bu tabiiyet sağlanınca da artık devlet başkanının otoritesine karşı çıkılmaz, çünkü bu otorite genel istenci yansıtır, devlet başkanının bu otoriteyi haiz şekilde yaptığı her şey hukuka uygun olarak değerlendirilir.

Kant, bu sert tutumunu ceza hukuku başlığı altında da sürdürür. Ceza hukuku yazara göre bir kategorik imperatiftir; bunun da anlamı suçluyu cezadan kurtarmanın ya da cezanın miktarını düşürmenin mümkün olmasıdır. Öldürme suçunu işleyen bir fail de ölmelidir. Hatta sivil toplumdan oybirliğiyle çıkılmaya karar verilse bile önce hapis hanesindeki son katil idam edilmelidir<sup>28</sup>.

Yazar, doğal durumdan sivil topluma geçişte ifade ettiği görüşlerinin benzerini devletler hukuku bölümünde de dile getirir. Nasıl ki “dışsal bana veya sana ait olan” doğal durumda geçici bir nitelikteyse, savaş halindeki

25 Kant, s. 165.

26 Güngör, s. 210.

27 Kant, s. 179.

28 Kant, s. 196.

devletler arasında “dışsal bana veya sana ait olan” da geçicidir. Zira, tıpkı doğal durumda olduğu gibi devletler arasında da mülkiyetin nihai sahipliği bu güvensizlik ortamında gerçekleşemez. Bu sebeple tüm devletler hukukunun nihai amacı *ebedi barıştır*<sup>29</sup>. Tüm milletlerin birbirleriyle olası ilişkilerinin belirli bir yasa altında olması niyeti de *dünya vatandaşlığı hukuku* olarak adlandırılacaktır.

## SONUÇ

Eserin “Sonuç” bölümünün genel olarak ebedi barışa ayrılması, Kant’ın hukuk öğretisi anlayışıyla tutarlılık içindedir. Yazara göre hukuk öğretisinin nihai amacı ebedi barışın tesisidir. Ebedi barışın tesisi de mülkiyetin güvence altına alınmasına dayanır. Birbirlerine komşu halkların, senin ve benim güvence altına alınmış yasalar altında yaşamalarıyla barış koşulu sağlanır. Bu koşulun sağlanması da deneyim yoluyla değil, *a priori* şekilde gerçekleştirilir. Ancak bunun sağlanması bir devrimle değil, sağlam ilkelere göre yapılan reformlarla gerçekleşmelidir.

Kant, hukukun, doğal durumdan sivil topluma geçişte, birinin seçimiyle bir diğersinin seçiminin özgürlüğün genel yasaları altında birleşebilmesi ve “benim ve senin olanın” korunması için gerekli bir koşullar sistemi olduğunu öne sürer. Ona göre doğal durumda da bir hukuk vardır; ancak bu hukuk kamusal yasalarla desteklenmediğinden belirsiz, eksik bir hukuktur. Buradan hukukun, esasen mülkiyetle doğduğu düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Mülkiyetin korunması için kamu hukukuna ihtiyaç duyulur. Yine mülkiyetin güvencesi olarak barış ortamı yaratılması gerekir. Kant’ın hukukun mülkiyetle ilişkisini ortaya koyuşu, pozitif yasaları doğal yasadandan ayırışı, hukuku, her ne kadar bağıni tam olarak koparmasa da ahlaktan ayırması, dışsal bir yasa koyucunun toplumsal ilişkileri düzenlemesindeki role değinmesi, düşünürü, pozitif hukukun liberal temellerini atan bir düşünür olarak görmemiz için yeterli sebeplerdendir.

---

<sup>29</sup> Kant, s. 211.



**KAYNAKÇA**

**Cevizci**, Ahmet. Felsefe Tarihi. 8. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2018.

**Çataloluk**, Gökçe. “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 10, S. 1, 2019, s. 202-209.

**Güngör**, Irmak. Immanuel Kant’ın Politika Felsefesi. İksad Yayınevi, Ankara 2020.

**Kant**, Immanuel. Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisi. Çev. Altan Heper, Fol Kitap, Ankara 2022.

**Kentenci**, Taşkıner/**Topuz**, Metin. “Kant ve Nietzsche’de İsteme Kavramı”. FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, 2009, s. 1-16.

**Satıcı**, Murat. Kant’ın Hukuk Felsefesi. Doruk Yayınları, Ankara 2020.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik

### Multiple Independent Principals in Turkish and German Criminal Law

  Arş. Gör. Mustafa ÇİÇEK\*

#### ÖZET

Birden fazla failin birbirlerinden bağımsız ve habersiz, kural olarak, aynı suçu işlemek üzere bir araya gelmeleri, yan yana failliği ifade etmektedir. Yan yana faillik bir diğer faillik türü olan müşterek faillikle yakın ilişki içindedir. Ancak müşterek faillikten farklı olmak üzere yan yana faillikte suç failleri arasında iştirak iradesi bulunmamaktadır. Bu sebeple yan yana faillik hem taksirli suçlarda hem de kasıtlı suçlarda ortaya çıkmakta, müşterek faillik ise yalnızca kasıtlı suçlarda söz konusu olmaktadır.

Bu çalışmada Türk ve Alman hukuku bakımından yan yana faillik kurumu incelenmiş, konuyla ilgili doktrinde yer alan görüşlere geniş ölçüde yer verilmeye

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 12.10.2022 | **Kabul/Accepted:** 02.12.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Mustafa Çiçek, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (561-596).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

çalışılmış, mukayeseli hukukta yer alan örneklerle konu zenginleştirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Suça İştirak, Müşterek Faillik, Yan Yana Faillik, İştirak İradesi, Müstakil Fail.

## ABSTRACT

The fact that perpetrators who are more than one person come together independently and unaware of each other to commit the same crime as a rule, refers to Multiple independent principals. Multiple independent principals are closely related to another type of agency, which are joint principals. However, unlike joint principals, there is no decision to act among the perpetrators of the crime in multiple independent principals. For this reason, multiple independent principals occur in both negligent crimes and intentional crimes, while joint principals only occur in intentional crimes. In this study, the subject of multiple independent principals in terms of Turkish and German law has been examined, the views in the doctrine on the subject have been tried to be covered extensively, and the subject has been tried to be enriched with examples in comparative law at the point of expression of the subject.

**Keywords:** Complicity, Joint Principals, Multiple Independent Principals, Decision to Act, Principal Offender.

## GİRİŞ

Ceza kanunlarının özel kısımlarında yer alan suçlar kural olarak münferit bireyler (çok failli suçlar haricinde)<sup>1</sup> tarafından işlenmekte, fail kavramı ise suç tiplerinde yer alan ve “kim, kimse (wer)” olarak ifade edilen kişiyi karşılamaktadır.<sup>2</sup> Ancak insanlar yaşamları boyunca eylemlerinin

---

<sup>1</sup> Niteliği itibarıyla birden fazla failin suça katılımını gerektiren suç, çok failli suçtur. Suç tipi birden fazla kişinin mevcudiyetini gerektiriyorsa bu halde yan yana faillik değil, bilakis müşterek faillik söz konusu olur. bkz. **Günter Heine/Bettina Weißer**, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019, § 25, Kn. 104. Örneğin, TCK m. 260/1’de yer alan kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun işlenebilmesi için en az dört kişinin bir araya gelmesi gerekir. bkz. M. Emin **Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 777.

<sup>2</sup> Hans Heinrich **Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 643.

bir kısmını başkalarıyla birlikte gerçekleştirdikleri gibi, suçları da çoğunlukla başka kişilerle birlikte icra etmektedirler.<sup>3</sup> Bu şekilde bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi suça iştirak müessesini ifade etmektedir.

Suçta iştirak suçun özel görünüş şekillerinden biridir. Gerek Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda suça iştirakte ikili bir sistem kabul edilmiştir. Suça iştirak, faillik (Täterschaft) ve şeriklik (Teilnahme) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>4</sup> Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 37'ye göre fail kavramı, “suçun kanuni tanımındaki fiili ... gerçekleştiren” kişiyi ifade ederken; StGB (Alman Ceza Kanunu) § 25'e göre ise “suçu bizzat kendisi ... işleyen” kişiyi tanımlamaktadır.<sup>5</sup> Şeriklik ise faillığe göre ikinci planda yer alan suça iştirak şekli olup, TCK m. 39 “yardım etme”-StGB § 27 “Beihilfe” ve TCK m. 38 “azmettirme”-StGB § 26 “Anstiftung” olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir.<sup>6</sup> İnceleme konumuz faillik başlığı altında yer aldığı için, şeriklik ile ilgili bu kadarla iktifa edilecektir.

Yukarıda değinilen faillik ise kendi içerisinde doğrudan faillik (unmittelbare Täterschaft), müşterek faillik (mittäterschaft) ve dolaylı faillik (mittelbare Täterschaft) olmak üzere üçe ayrılmakta; yan yana faillik (Nebentäterschaft) ise bir başka faillik türü olarak yalnızca doktrinde yer almaktadır.<sup>7</sup>

Bu çalışma iki ana başlık altında incelenecek, ilk bölümde konunun teorik esasına değinilecek, ikinci bölümde ise Türk hukuk mevzuatında yan yana faillikle yasal düzenlemelere ve konuyla ilgili doktrinde yer alan görüşlere yer verilecektir.

---

3 **Jescheck/Weigend**, AT, s. 643.

4 Rudolf **Rengier**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 2018, § 40, Kn. 1.

5 Feridun **Yenisey**/Gottfried **Plagemann**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 22.

6 Walter **Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg 2015, § 10, Kn. 16 vd.

7 Urs **Kindhäuser**, Nomoskommentar, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2017, § 25, Kn. 2.

## I. BÖLÜM YAN YANA FAİLLİĞİN TEORİK ESASI

### A. Kavram

Alman hukukunda yan yana faillik (Nebentäterschaft)<sup>8</sup>, “birden fazla faillik” (Mehrtäterschaft)<sup>9</sup>, “kendi başına faillik” (Selbsttäterschaft)<sup>10</sup> şeklinde kavramlarla ifade edilir. Türk hukukunda ise, yan yana faillik<sup>11</sup>, “yan faillik”<sup>12</sup> ve “habersiz birlikte suç işleme”<sup>13</sup> gibi kavramlar kullanılır. Common Law sisteminde yan yana faillikle ilgili olarak “independent multiple principals” veya “multiple independent principals” (MIP) vb. kavramlar kullanılmaktadır.<sup>14</sup>

Çalışmamızda yan yana faillik kavramını kullanacağız. Zira birden fazla failin, birbirlerinden habersiz olarak, aynı suçu işlemek üzere birlikte hareket ettikleri bu durum bakımından, Türk hukukunda kullanılan diğer kavramlardan ziyade bu kavramın kullanılmasının daha isabetli olduğu ileri sürülebilir. Nitekim örneğin yan faillik kavramı, âdetta failliğin bir alt bileşeni gibi anlaşılabilir, hâlbuki yan yana faillik aslında doğrudan failli-

8 Claus **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, § 25, Kn. 265.

9 Thomas **Fischer**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetze, 65. Auflage, München 2018, § 25, Kn. 53.

10 **Gropp**, AT, § 10, Kn. 8.

11 Kayıhan **İçel/İzzet Özgenc**/Adem **Sözüer**/Fatih S. **Mahmutoğlu**/Yener **Ünver**, Suç Teorisi, 2. Kitap, 1. Bası, Ziya Ofset, İstanbul 1999, s. 390; Mahmut **Koca/İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 474; Hakan **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 502; Timur **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 521; Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 543.

12 Ayhan **Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 435; Veli Özer **Özbek**/Koray **Doğan**/Pınar **Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 513; Berrin **Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 770; Mustafa **Özen**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 622.

13 Devrim **Aydın**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 29.

14 Michael **Bohlander**, Principles of German Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon 2009, s. 160 vd.

ğın karşılığı olup yalnızca müşterek failliğin karşıtı olmayı ifade etmektedir. Bununla birlikte doktrinde yan yana faillik kavramının kullanılmasının gereksiz olduğunu ileri süren görüşler de yer almaktadır.<sup>15</sup>

Doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik; failliğin farklı görünüm şekilleri olarak ceza kanununda hüküm altına alınmış, buna karşın yan yana faillik ne TCK'da ne de StGB'de ayrıca bir faillik türü olarak yer almamıştır, zira yan yana faillik, failliğin özel bir görünüm şekli değildir.<sup>16</sup> Çoğunlukla yan yana faillik (yan yana fail) bağımsız dogmatik anlamı olmayan bir terim olarak kullanılmakta, bu sebeple<sup>17</sup> hem Türk Ceza Kanununda hem de Alman Ceza Kanununda<sup>18</sup> yan yana faillik kavramı yer almamaktadır. Dolayısıyla yan yana faillik kavramı, aslında birden fazla failin bir araya gelmesini ifade etmekte, bu faillik hukuki değerlendirme açısından herhangi bir özellik taşımamaktadır.<sup>19</sup> Bununla birlikte bu kavramın kullanılmasının gereksiz olduğu görüşüne katılmamaktayız, zira her ne kadar yan yana fail, doğrudan fail olarak değerlendirilse de kasten veya taksirle suç işleyerek bir araya gelen kişiler arasında iştirak iradesinin olmaması, suç ortaklığı açısından farklılık arz etmektedir.

---

15 Günümüzde yan yana faillik kavramının bağımsız bir anlama sahip olmadığı geniş ölçüde kabul edilmekte, bu kavramın yalnızca müşterek faillikten farklı olarak tek başına faillik kavramını ifade ettiği belirtilmektedir. Bu tarz durumlarda ortaya çıkan sorunlar özellikle suça katkı sağlayan bireylerin nedenselliği ile ilgilidir ve bu durum yan yana faillik kavramı ile çözülemez, dolayısıyla yan yana faillik kavramının dogmatik olarak bağımsız bir anlamı yoktur. bkz. Bernd **Schünemann** in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, Erster Band, Berlin 2007, § 25 222. Aynı görüşte bkz. Martin **Fincke**, Der Täter neben dem Täter, GA 1975, 161-176.

16 Volker **Krey**/Robert **Esser**, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stuttgart 2016, § 29 Kn. 982; Kristian **Kühl**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Vahlen, München 2012, § 20, Kn. 36.

17 **Fincke**, s. 161; **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 982.

18 Wolfgang **Joeks**/Christian **Jäger**, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 12. Auflage, München 2018, § 25, Kn. 2.

19 Eric **Hilgendorf**/Brian **Valerius**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, München 2015, § 9, Kn. 3; Harro **Otto**, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2005, § 21, Kn. 54.

## B. Tanım

Yan yana faillik denilince, birden fazla failin müşterek faillik ilişkisi olmaksızın aynı haksızlığı gerçekleştirmek üzere harekete geçmesi anlaşılır, örneğin, anne ve kızın birbirlerinden bağımsız olarak yaralama eylemleriyle babayı öldürmeleri halinde, yan yana faillik söz konusu olur.<sup>20</sup> Diğer bir tanımlamaya göre yan yana faillik kurumu; birden fazla failin, her birinin bir diğerinden bağımsız olarak kendi başına hareket etmesi, ceza kanununda yer alan bir suçun icrasını gerçekleştirmesi ve bu suçla korunan aynı hukuki menfaati ihlal etmesi durumunda ortaya çıkacaktır.<sup>21</sup> Bunun sonucu olarak yan yana faillikte -müşterek faillikten farklı olmak üzere- bilinçli ve kasıtlı bir iş birliği yoktur.<sup>22</sup> Dolayısıyla yan yana failliğin söz konusu olabilmesi için öncelikle birden fazla doğrudan failin bir arada bulunması gerekir.<sup>23</sup> Bu durumda failliğin başka bir türü söz konusu olmamakta, bilakis müşterek failliğin şartlarının gerçekleşmediği birden fazla kişinin bağımsız bir şekilde suç tipinin ihlali noktasında fail olarak sorumlu oldukları, yalnızca kavramsal bir durum söz konusu olacaktır.<sup>24</sup> Burada “müstakil, bağımsız” (unabhängigkeit) olma kavramından, müşterek faillikte mevcut olan unsurun eksikliğinden başka bir şey anlaşılmayacak, dolayısıyla suça katkıda bulunan her bir kimse fail olarak kabul edildiği için, yan yana failliğin ayrıca kanunda bahsedilmesine gerek kalmayacaktır.<sup>25</sup>

Yan yana failliğin belirlenmesinde referans alınması gereken asıl nokta, bu failliğin müşterek faillikten farkıdır. Bu sebeple yan yana failli-

---

20 Örnekle ilgili yüksek mahkeme kararı için bkz. BGH NJW 1966, 1823; **Roxin**, AT II, § 25, Kn. 265.

21 Jürgen **Baumann**/Ulrich **Weber**/Wolfgang **Mitsch**/Jörg **Eisele**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage, Bielefeld 2016, § 25, Kn. 41; Christian **Jäger**, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Heidelberg 2019, § 6, Kn. 1.

22 Johannes **Wessels**/Werner **Beulke**/Helmut **Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, Heidelberg 2018, § 19, Kn. 863.

23 Uwe **Murmann**, Grundkurs Strafrecht, 4. Auflage, München 2017, § 27, Kn. 19.

24 Günter **Stratenwerth**/Lothar **Kuhlen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011, § 12, Kn. 99.

25 **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, § 12, Kn. 99.

ğın belirlenmesinde müşterek faillikten farklılık ve benzerlik arz eden unsurlarını tespit edebilmek için yan yana failliğin şartlarına değinmek gerekecektir.

### C. Yan Yana Failliğin Şartları

#### 1. Birden Fazla Failin Olması

Yan yana failliğin yukarıda ifade edilen tanımında yer aldığı üzere birden fazla kişinin suçun işlenmesine iştirak etmesi gerekmektedir. Yan yana faillik, bir iştirak türü olarak faillik başlığı altında yer aldığı için suçta iştirak eden bu kimselerin fail sıfatıyla hareket etmeleri ve suçun bütün kanuni unsurlarını gerçekleştirmek üzere suçun icrasına başlamaları gerekir.<sup>26</sup> Burada aslında birden fazla müstakil failin (Alleintäter) bulunduğu bir durum söz konusudur.<sup>27</sup> Örneğin; bir yangında birden fazla kişinin birbirlerinden bağımsız olarak bir binada yağmalama faaliyetine girişmeleri halinde<sup>28</sup>, her bir fail bir diğerinden bağımsız olarak hareket ettiği için, yan yana faillik ortaya çıkacaktır. Bu halde yalnızca failin kendisinin sebep olduğu (kanıtlanabilir şekilde) ya da suçun işlenmesine katkıda bulunduğu nedensel (kausal) davranış kendisine isnat edilecektir.<sup>29</sup>

Böylelikle ortak bir suç işleme kararı olmadığı için birden fazla kişinin hukuken korunan aynı değeri ihlal etmesi halinde yan yana faillik söz konusu olacaktır.<sup>30</sup> Bunun sonucunda müşterek faillige benzer şekilde yan yana faillikte birden fazla fail olmasına karşın, müşterek faillikteki ortak suç işleme kararının olmaması yan yana faillikteki bir diğer şarttır.

#### 2. Ortak Suç İşleme Kararının Olmaması

Ortak eylem planı, suça katılım sağlayanlar arasında (muhtemelen tamamen sözlü olmayan) bir iletişim süreci çerçevesinde bir tür anlaşmayı

---

<sup>26</sup> **Fischer**, StGB, § 25, Kn. 53.

<sup>27</sup> Jörg **Eisele**/Bernd **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, 1. Auflage, Stuttgart 2017, Teil 10, Kn. 767.

<sup>28</sup> **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder, § 25, Kn. 104.

<sup>29</sup> Helmut **Fuchs**/Ingeborg **Zerbes**, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat, 10. Auflage, Wien 2018, 33. Kapitel, 342, Kn. 16.

<sup>30</sup> Uwe **Murmann**, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Berlin 1993, s. 139; **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder, § 25, Kn. 104.



gerektirir.<sup>31</sup> Belirli bir eylemi aynı anda, ancak birbirinden bağımsız olarak gerçekleştiren birden fazla aktör söz konusu olduğunda bu eksiklik varsa, o zaman "ortak" eylem eksikliği nedeniyle, eyleme katkıların karşılıklı olarak isnat edilmesine izin vermeyen yalnızca yan yana failliğin olduğu bir durum varsayılacaktır.<sup>32</sup>

Müşterek faillik için ortak bir suç işleme kararı (gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan) çerçevesinde iki ya da daha fazla kişinin belirli bir suçu icra etmek üzere anlaşmaya varmaları gerekir.<sup>33</sup> Yan yana faillikte bunun tersi olarak faillerin herhangi bir suç ortaklığı içinde hareket etmemeleri gerekmektedir.<sup>34</sup> Zira yan yana faillikte suçun icrasına başlayan kişiler arasında bilinçli ve kasıtlı bir işbirliği ve dolayısıyla suç ortaklığı söz konusu olmadığı için diğer suç ortaklarının suça katkıları, müşterek faillikte olduğu gibi failin kendisine isnat edilen suçun tamamına yaptığı katkıları tamamlayıcı bir nitelik arz etmemektedir.<sup>35</sup> Örneğin<sup>36</sup>; birbirlerinden habersiz ve bağımsız olmak üzere, bir partide hem Anton hem de Bruno, Rudi'nin bardağına her biri ölümcül nitelikte olan zehir ilave ederler. Zehirlenme sonucu Rudi ölür. Bu durumda her iki fail öldürme suçundan dolayı sorumludur. Bu olayda failler arasında bilinçli ve kasıtlı bir işbirliği söz konusu olmadığı için, her bir fail yalnızca suça katkısı dolayısıyla ve kendisi tarafından gerçekleştirilen neticeden sorumlu tutulacaktır.<sup>37</sup>

Yukarıdaki örnekte failler arasında ortak suç işleme kararı olmadığı için, olayda müşterek faillik değil yan yana faillik değerlendirilecektir. Fakat örnekte belirtildiği üzere hâlihazırda her bir failin kullanmış olduğu zehir miktarı ölümcül etkiye sahiptir. Bu durumda failler arasında ortak suç işleme kararı olmasa da netice itibarıyla her bir fail kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Ancak aşağıda isnadiyet sorununda inceleneceği üzere yan yana faillerin olaydaki gibi kullandıkları zehir miktarının

---

31 Johannes **Kaspar**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Baden-Baden 2017, § 6, Kn. 20.

32 **Kaspar**, AT, § 6, Kn. 20.

33 **Rengier**, AT, § 44, Kn. 10.

34 **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder, § 25, Kn. 104.

35 Rolf **Schmidt**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 19. Auflage, Bremen 2018, 11. Kapitel, Kn. 923.

36 Bernd **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2016, § 33, Kn. 1186.

37 **Heinrich**, AT, § 33, Kn. 1186.

ölümcül etkiyi haiz olmaması ve faillerce verilen zehir miktarının birleşerek ölüm neticesini meydana getirmesi halinde ortak suç işleme kararının varlığı önem arz edecektir. İşte bu noktada yan yana faillerin birbirlerinden bağımsız ve habersiz olarak hareket etmeleri cezalandırmada farklılığa yol açacaktır.

### 3. Faillerin Birbirlerinden Bağımsız Olarak Hareket Etmeleri

Birden fazla failin birbirinden bağımsız (unabhängig voneinander) hareket ederek, benzer tipik neticeyi gerçekleştirmeleri ve böylece her bir failin ilgili suç tipini bütünüyle şahsen icra etmeleri yan yana failliği ifade etmektedir.<sup>38</sup> Bu şekilde birbirinden habersiz olarak hareket eden birden fazla failin, StGB § 25 hükmüne göre (ve benzer şekilde TCK m. 37'ye göre) müşterek fail olarak ortak iş birliği olmaksızın, bir suç işlemeleri ifade edilmektedir.<sup>39</sup> Buradan anlaşılacağı üzere faillerin birbirlerinden habersiz ve bağımsız olarak hareket etmeleri suçun icrası sırasında olmalıdır, suç tamamlandıktan sonra faillerin birbirlerinden haberdar olmaları elbette yan yana failliğin gerçekleşmesi bakımından önem arz etmeyecektir.

Örneğin; A hız sınırının üstünde araç kullanmış, B de geçiş önceliğine sahip olduğunu düşünerek hareket etmiş ve çarpışma sonucu bir kaza meydana gelerek yolcu C yaralanmış ise; her iki fail de C'nin yaralanmasına birbirlerinden bağımsız olarak sebep olmuşlardır.<sup>40</sup> Bu tarz olaylarda faillerin ceza sorumluluğu da birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirilecek, diğer bir ifadeyle her bir suça katkıda bulunan kişi bakımından, hareketiyle ilgili suç tipini gerçekleştirip gerçekleştirmediği kusurlu ve hukuka aykırı hareket edip etmediği araştırılacak, doğrudan faillikte olduğu gibi, değerlendirme benzer kurallara göre yapılacaktır.<sup>41</sup> Böylece birden fazla kişinin tipik netice dolayısıyla sorumlu olmaları halinde, yan yana faillik söz konusu olacaktır.

Yan yana faillerin birbirlerinden bağımsız olarak hareket etmeleri suçun mağduru ile ilgili olarak başkaca suçlar bakımından da düşünülebilir.

38 Udo **Ebert**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001, Sechster Teil, s. 193.

39 **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 981.

40 Helmut **Frister**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2018, 25. Kapitel, Kn. 1.

41 **Frister**, AT, 25. Kapitel, Kn. 1.

Örneğin; A, intikam duygusuyla O'yu bilincini kaybedeceği şekilde dövse, sonradan oradan tesadüfen geçmekte olan B, durumu kullanarak O'nun eşyalarını alsa, bu halde B yağma suçundan dolayı değil, nitelikli hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılacaktır.<sup>42</sup> Böylece yan yana failler birbirlerinden bağımsız ve habersiz hareket ettiklerinden, bu faillerin suç katkılarında dolayı ortak sorumlulukları söz konusu değildir. Bu takdirde yan yana faillerin suç katkılarında dolayı sorumluluklarının nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

#### D. Yan Yana Faillerin Cezai Sorumluluğu

Yan yana faillik birden fazla doğrudan failin bir arada olduğu bir durumu ifade etmekte, yan yana failler ortak bir suç işleme kararı çerçevesinde hareket etmediklerinden dolayı müşterek faillikte olduğu gibi diğer faillerin suç katkıları bakımından karşılıklı bir isnadiyet söz konusu olmamaktadır.<sup>43</sup> Bu durumda yalnızca yan yana failin kendisinin suç katkı sağladığı nedensel davranış kendisine isnat edilecektir.<sup>44</sup> Dolayısıyla her bir failin suç katkısı, ceza hukuku bağlamında suçun neticesi ile ilişkili olarak ele alınmalı ve buna göre değerlendirilmelidir.<sup>45</sup> Yan yana faillikte her bir fail böylece suç katkı oranında sorumlu olacağından, yan yana faillığın ortaya çıkışında, yan yana fail olmaksızın elde edilemeyecek hiçbir netice kendisine isnat edilemeyecektir.<sup>46</sup> Netice olarak yan yana fail, doğrudan fail olarak değerlendirildiği için cezalandırılması noktasında sorun teşkil eden bir durum yoktur.

Ancak yan yana faillerin cezalandırılmasında önem arz eden husus, bu faillerin suç katkılarının derecelerinin belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin, birbirinden habersiz olarak A ve B'nin C'nin yemeğine zehir kattığını düşünelim. İlk ihtimalde her iki zehrin de ayrı ayrı ölüm neticesini doğurabileceğini, ikinci ihtimalde ise zehirlerin birleşmek suretiyle ölüm neticesini meydana getirdiğini varsayalım. Burada failler arasında müşterek bir suç işleme kararı olmadığı için cezalandırma da farklı olacaktır. Bu sebeple illiyet bağı kapsamında, alternatif illiyet bağı

42 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 52.

43 **Murmann**, Grundkurs Strafrecht, § 27, Kn. 19.

44 **Fuchs/Zerbes**, AT, 33. Kapitel, Kn. 16; İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 557.

45 **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder, § 25, Kn. 104.

46 **Roxin**, AT II § 25 Kn. 265.

(alternative Kausalität) ve kümülatif illiyet bağı (kumulative Kausalität) konularına değinilmesi gerekmektedir.<sup>47</sup>

### 1. Alternatif İlliyet Bağı

Birden fazla veya çifte illiyet (mehrfachkausalität-doppelkausalität)<sup>48</sup> olarak da ifade edilen alternatif illiyet bağı, birbirinden bağımsız olarak yer alan iki koşulun aynı anda neticenin meydana gelmesine yol açması ve her bir koşulun neticeyi meydana getirme bakımından yeterli olmasını ifade etmektedir.<sup>49</sup> Örneğin, A ve B birbirlerinden bağımsız olarak her biri öldürücü derecede olan aynı zehri, X'in içki bardağına koyarlar, zehirli içkiyi içen X ölür; hemşire S ve T, birbirlerinden habersiz olmak üzere öldürücü miktarda zehri hasta P'nin infüzyon şişesine enjekte ederler, daha sonra P, infüzyon sırasında ölür.<sup>50</sup> Şart teorisinin "olmazsa olmaz" formülünün (condicio-sine-qua-non-Formel)<sup>51</sup> bu ve benzeri örnekler bakımından uygulanması halinde, her iki yan yana fail de -yukarıdaki örneklerde yer aldığı üzere- mağduru öldürmek üzere her biri yeterli miktarda zehir vermesine rağmen, şart teorisine göre yalnızca kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olmamalarına neden olacaktır.<sup>52</sup> Zira burada faillerin herhangi birisinin hareketi olmasa bile diğer failin hareketi neticeyi meydana getirecek, böylece olmazsa olmaz koşulu uygulanırsa hareketlerden birinin netice bakımından nedensel olmadığı sonucuna varılacaktır.<sup>53</sup> Böyle anlaşılması güç sonuçtan kaçınmak üzere, hâkim görüş şart teorisini (conditio-Formel) şu şekilde değiştirmiştir: *Neticeyi somut biçiminden çıkarmamak üzere, alternatif olan ancak kümülatif olmayan birden fazla koşuldandan her biri, neticenin gerçekleşmesi bakımından nedenseldir.*<sup>54</sup> Bunun

47 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, § 16, Kn. 232.

48 **Frister**, AT, 9. Kapitel, Kn. 9.

49 **Rengier**, AT, § 13, Kn. 26; **Frister**, AT, 9. Kapitel, Kn. 9.

50 **Rengier**, AT, § 13, Kn. 27.

51 "Şart teorisine göre, sebep, belirli bir olayın gerçekleşmesi için zaruri bulunan şartların bütünüdür. Her şart netice bakımından aynı değere sahiptir. Şartlardan birinin ortadan kalkması, neticenin de meydana gelmemesini sonuçlayacaktır." bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 347.

52 **Kaspar**, AT, § 5, Kn. 65.

53 **Koca/Üzülmez**, s. 134.

54 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, § 16, Kn. 232; **Rengier**, ATil, § 13, Kn. 28; **Klaus Hoffman-Holland**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen 2015, 5. Kapitel, Kn. 482. Şart teorisinin bu şekilde değiştirilmesine ilişkin eleştiriyile ilgili

sonucunda yukarıdaki örnekler bakımından yan yana failler kasten öldürmeden dolayı sorumlu olacaklardır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus alternatif olarak gerçekleşen koşulların aynı anda neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesidir. Buna karşın alternatif şartlardan biri daha önce tepkimeye neden olmakla birlikte, tepkimeye ilk neden olan şart tespit edilemiyorsa bu durumda yan yana faillerin ceza sorumluluğunun sınırlandırılması gerekmektedir.<sup>55</sup> Örneğin, A ve B birbirlerinden bağımsız olarak öldürme kastıyla O'ya ateş ederse, alternatif nedenselliğin söz konusu olabilmesi için her iki atışın da aynı anda kalbe isabet etmesi ve her birinin öldürücü etkiye sahip olması gerekir.<sup>56</sup> Öte yandan A ve B tarafından yapılan atışlar, O'nun kalbine farklı zamanlarda isabet etmiş, ancak ilk atışın mı yoksa ikinci atışın mı ölüme sebebiyet verdiği açık değilse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi (in dubio pro reo) gereği, A bakımından B'nin kurşununun, B bakımından ise A'nın kurşununun ölümcül olduğu varsayılmalıdır.<sup>57</sup> A ve B kasten öldürme suçundan dolayı değil, kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde gerçek ve varsayımsal netice somut olayda örtüşmediği için, kasten öldürmeye ilişkin illiyet bu örnek bakımından kabul edilmemelidir.<sup>58</sup>

## 2. Kümülatif İlliyet Bağı

Alternatif illiyet bağıyla kolaylıkla karıştırılabilecek illiyet bağı olan kümülatif illiyet bağı, birbirlerinden habersiz olarak hareket eden birden fazla failin hareketlerinin, tek olarak ele alındığında neticeyi meydana getirmeye elverişli olmadığı, ancak şartların bir araya geldiğinde neticenin meydana geldiği illiyet bağına ifade etmektedir.<sup>59</sup> Örneğin, A ve B birbirlerinden bağımsız olarak O'nun çorbasına zehir katmışlar, ancak bu zehir miktarı ayrı ayrı ölümcül neticeyi gerçekleştirmek üzere yeterli olmayıp

---

olarak ayrıca bkz. Claus **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 11, Kn. 25 vd.

55 **Heinrich**, AT, § 10, Kn. 230; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 348.

56 **Rengier**, AT, § 13, Kn. 31.

57 **Rengier**, AT, § 13, Kn. 31.

58 **Kaspar**, AT, § 5, Kn. 69.

59 **Rengier**, AT, § 13, Kn. 34; Bir nehrin bitişiğinde yer alan birkaç işletme tarafından habersiz olarak kirletilmesi suretiyle, suçun neticesinin kümülatif olarak ortaya çıkması bu duruma örnektir. bkz Reinhard **Maurach**/Karl Heinz **Gössel**/Heinz **Zipf**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 49, Kn. 80.

yalnızca birleşmek suretiyle O'nun ölümüne neden olmuştur.<sup>60</sup> Alternatif illiyet bağından farklı olmak üzere burada yan yana faillerin hareketi tek başına ölüm neticesini meydana getirmemektedir. Yan yana faillerin hareketi burada birleşerek neticenin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Buradaki her bir şart netice bakımından nedensel olmakla birlikte, failler arasında suçun işlenmesi bakımından bir anlaşma olmadığı için faillerin hareketi bir diğerine isnat edilemeyecektir.<sup>61</sup> Failler arasında iştirak iradesi de söz konusu olmadığı için, suçta kullanılan vasitanın elverişsizliği sebebiyle burada yan yana failleri teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.<sup>62</sup> Gerek alternatif illiyet bağında gerekse kümülatif illiyet bağında failler arasında iştirak iradesi olsaydı bu durumda her bir fail müşterek fail olacağı için cezalandırmada bir problem olmayacaktı. Bununla birlikte Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır. TCK m. 35'te yer aldığı üzere teşebbüs dolayısıyla sorumluluk bakımından elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanması gerekmektedir. Ancak bu örnekte tek başına ölüm neticesini meydana getirmeyen faillerin her birinin hareketi birleşmek suretiyle ölüm neticesine yol açmıştır. Dolayısıyla faillerin hareketleri tek başına ölüm neticesini meydana getirmesi noktasında elverişli değildir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması, suçta kullanılan vasitanın elverişsizliği bakımından değerlendirildiğinde cezalandırmada boşluğa neden olmaktadır.

### E. Yan Yana Faillik-Müşterek Faillik İlişkisi

Birden fazla failin bağımsız olarak suça katkıda bulunduğu yan yana failliğin aksine, müşterek faillikte, en az iki failin bilinçli ve kasıtlı olarak hareket ederek bir suç tipini ortaklaşa gerçekleştirmesi durumu söz konusudur.<sup>63</sup> Müşterek faillikle yan yana faillik arasındaki bağlantıya ilişkin olmak üzere şöyle bir örnek verilebilir: A ve B kararlaştırdıkları şekilde X'e vurmaya başlarlar. Sonrasında darbelerden birisi X'in çenesini kırar, fakat hangi darbenin X'in çenesini kırdığı tespit edilemez.<sup>64</sup> Bu olayda A

<sup>60</sup> Urs **Kindhäuser**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, § 10, Kn. 29.

<sup>61</sup> **Heinrich**, AT, § 10, Kn. 232.

<sup>62</sup> **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 349.

<sup>63</sup> **Hoffman-Holland**, AT, 5. Kapitel, Kn. 522.

<sup>64</sup> **Fuchs/Zerbes**, AT, 33. Kapitel, Kn. 17.

ve B, ortak bir suç işleme kararının icrası kapsamında, kasten yaralama suçunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri için, müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır. Bu olayda hangi darbenin mağdurun çenesini kırdığına dair yapılacak değerlendirme önemsizdir, zira her bir fail neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçundan -fiil ortaklığı sebebiyle-doğrudan fail gibi sorumlu olacaktır.<sup>65</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından, genel olarak müessir fiilin kendisinin daha ağır bir yaralamaya neden olabileceği öngörülebilir ise, kasıtlı müessir fiilin yapılmasına yönelik anlaşma yeterlidir, zira ortak olarak gerçekleştirilen müessir fiil ile netice arasında risk bağlantısı vardır.<sup>66</sup>

Yan yana faillikte ise durum farklıdır: A ve B birbirlerinden bağımsız ve habersiz olmak üzere X'e vursalar ve bunun sonucunda neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama durumu olsaydı (örneğin burnu kırılısaydı), ağır neticenin gerçekleşmesine doğrudan yol açan fiili gerçekleştirmeyen fail bakımından öngörülebilir ise, bu halde yalnızca kendi darbesinin neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamaya sebebiyet verdiği tespit edilen fail daha ağır yaralamadan dolayı cezalandırılacaktı. Bu şekilde tespit mümkün olmasaydı, bu durumda "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi kapsamında, her bir fail için diğer failin daha ağır yaralamaya neden olduğu kabul edilecekti.<sup>67</sup> Dolayısıyla aynı olay bakımından suçun failleri arasında ortak bir suç işleme kararının olmaması, cezalandırma bakımından görüleceği üzere farklı sonuçlara neden olmaktadır. Netice olarak müşterek faillikte bilinçli ve kasıtlı suç ortaklığının eksik olması durumunda yan yana faillik meydana gelir. Bunun aksine bilinçli ve kasıtlı bir suç ortaklığı varsa, bu durumda her bir suça katkıda bulunan kişi, fail olarak sorumlu olacak, böylece diğer suç ortaklarının suça katkıları, failin kendisine isnat edilen suçun tamamına yaptığı katkıları tamamlayacaktır.<sup>68</sup>

Yan yana faillik müşterek faillikle birlikte de gerçekleşebilir. Örneğin, A ve B müşterek fail sıfatıyla D'yi öldürmek üzere ateş ederken, C'de A ve B'den bağımsız ve habersiz olmak üzere D'ye eş zamanlı ateş ederse, bu halde aynı olayda hem müşterek faillik hem de yan yana faillik söz

---

65 **Fuchs/Zerbes**, AT, 33. Kapitel, Kn. 17.

66 **Fuchs/Zerbes**, AT, 33. Kapitel, Kn. 17.

67 **Fuchs/Zerbes**, AT, 33. Kapitel, Kn. 18.

68 **Schmidt**, AT, 11. Kapitel, Kn. 923.

konusu olacaktır. D'nin ölümü halinde A ve B müşterek fail sıfatıyla kasten öldürmeden sorumlu olacak, C ise kasten öldürmeden doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.

### F. Yan Yana Faillik-Dolaylı Faillik İlişkisi

Dolaylı faillik suçun bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesini ifade etmektedir.<sup>69</sup> Bu iştirak türünün yan yana faillikle bağlantısı, suçta araç olarak kullanılan kişinin de ayrıca suçtan sorumlu olabileceği durumlara ilişkin olarak ortaya çıkabilir. Örneğin,<sup>70</sup> T, uzağı iyi göremeyen W'ye ileride yer alan bir ağaç kütüğüne ateş etmesini ister, ancak W'nin ağaç kütüğü olarak düşündüğü şey gerçekte O'dur. W'nin atışı ile birlikte, T'nin tasarladığı şekilde O ölür. Olayda W, kasten öldürme fiilinin maddi unsurunu (insan) bilmeksizin ve öldürme kastı olmaksızın suçun icra hareketlerini gerçekleştirmiştir. Böylelikle W, T tarafından suçun işlenmesinde kullanıldığını bilmemektedir. T'nin maddi vakiya ilişkin üstün bilgisi, W üzerinde hâkimiyet kurmasına sebep olmakta, böylelikle irade üzerinde hâkimiyet kurulmaktadır.<sup>71</sup> Dolayısıyla T, öldürme suçu bakımından dolaylı fail sıfatıyla sorumlu olacaktır. Suçta araç olarak kullanılan W'nin kendisi açısından koşulları oluşmuşsa, taksirle öldürme suçu bakımından sorumlu olması, faillik açısından bir şeyi değiştirmeyecek, netice olarak T ve W arasında yan yana faillik söz konusu olacaktır.<sup>72</sup> Bunun haricinde W meydana gelen neticeye ilişkin gerekli dikkat ve özeni gösterseydi dahi böyle bir netice meydana gelecekti denilebiliyorsa, bu halde W taksirli öldürmeden dolayı cezalandırılmayacak, T ise yine dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

Bununla birlikte bir failin diğer faile ait suç işleme kararını kullanması durumunda yan yana failliğin mi yoksa dolaylı failliğin mi olduğu konusu tartışmalıdır. Ancak hâkim görüşüne göre, bu şekilde bir başkasına ait suç işleme kararını kendi amaçları doğrultusunda kullanan kişi de yan yana

<sup>69</sup> Dolaylı faillikle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Çiçek, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Bir İştirak Şekli Olarak "Dolaylı Faillik", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014.

<sup>70</sup> Ebert, AT, Sechster Teil, s. 195.

<sup>71</sup> Ebert, AT, Sechster Teil, s. 195.

<sup>72</sup> Ebert, AT, Sechster Teil, s. 195; benzer görüş için bkz. Muhammed Demirel, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık (İstanbul Arşivi), İstanbul 2017, s. 381-382.



fail olarak kabul edilmektedir.<sup>73</sup> Konuyla ilgili şöyle bir örnek verilebilir: Anton, Bruno'nun kendisini akşam karanlığında evine geldiğinde öldürmek istediğini öğrenmiştir. Bu durumdan faydalanmak isteyen Anton, hasmı Ludwig'i ortadan kaldırmak istemiş ve bu nedenle Ludwig'i evine akşam yemeğine davet etmiştir. Akşam karanlığında eve gelen Ludwig, Anton tarafından planlandığı üzere, pusuya düşürülerek vurulur, zira Bruno Ludwig'i Anton olarak düşünmektedir.<sup>74</sup> Burada Anton ve Bruno arasında bilinçli ve kasıtlı bir işbirliği olmadığı, Anton Bruno'nun bu gizli tertibini bildiği halde, Bruno bundan habersiz olduğu için, olayda müşterek faillik mevcut değildir. Ancak burada dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır, zira Anton kendi davranışıyla Bruno'yu (kendisi bakımından önemsiz de olsa) şahısta hataya (error in persona) sevk etmiştir.<sup>75</sup> Olayda Anton her ne kadar belirli bir derece hata suretiyle hâkimiyet kurmuş olsa da, bu durum suç üzerinde fiil hâkimiyeti kurma bakımından yeterli değildir, zira Bruno suçu işleyip işlememe veya suçu ne şekilde işleyeceğine karar verme noktasında tamamen sorumlu olarak hareket etmektedir.<sup>76</sup> Bu sebeple bu örnek bakımından çoğunluk görüşüne ve bizim de katıldığımız görüşe göre yan yana faillik söz konusu olacaktır.<sup>77</sup> Bu olayda azmetirmeden de bahsedilemez, çünkü Anton, Bruno ile iletişime geçmemiş, ayrıca Bruno hâlihazırda suç işlemeye karar vermiştir. Bu bağlamda olayda yalnızca yan yana faillikten bahsedilebilir.<sup>78</sup> Fakat burada dolaylı failliğin gerçekleştiğini savunan görüşler de mevcuttur.<sup>79</sup> Bu görüşe göre yukarıdaki örnekte failin suç işleme planını kullanan kişi, hak-

<sup>73</sup> **Kindhäuser**, Nomoskommentar, § 25, Kn. 3.

<sup>74</sup> **Heinrich**, AT, § 33, Kn. 1188. Konuyla ilgili benzer bir örnek: A, B'nin C'ye evine gideceği yolda pusu kurmak suretiyle öldürmeyi istediğini bilmektedir. A, hasmı F'yi belirli zaman diliminde ve belirli yerde bulunmak üzere ikna eder. B tarafından karanlıkta C zannedilen F, vurularak öldürülür. bkz. **Kindhäuser**, AT, § 39, Kn. 4.

<sup>75</sup> **Heinrich**, AT, § 33, Kn. 1188. Dohna-Fall olarak adlandırılan bir olayda benzer durum vardır, A, B'nin C'ye bir saldırı planladığını öğrenir ve düşmanı D'yi hedeflenen yere gönderir, burada şahısta hata sonucu D, B tarafından vurulur. bkz. Friedrich-Christian **Schroeder**, Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 11/2009, s. 569, [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_11\\_370.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_370.pdf) (E.T. 16.09.2022).

<sup>76</sup> **Heinrich**, AT, § 33, Kn. 1188.

<sup>77</sup> **Kindhäuser**, AT, § 39, Kn. 4.

<sup>78</sup> **Heinrich**, AT, § 33, Kn. 1188.

<sup>79</sup> **Roxin**, AT II § 25, Kn. 102 vd.; **Schünemann** in: Leipziger Kommentar, § 25, Kn. 102.

sızlık ya da kusur noktasında bir artıştan dolayı değil, fakat somut bir kim-  
senin öldürülmesinden dolayı sorumlu olacaktır.<sup>80</sup> Yukarıdaki örneğe ben-  
zer durumlar bakımından, doğrudan fail olan Bruno'nun cezai sorumlulu-  
ğunun tam olması nedeniyle, Anton'un yalnızca şerik sıfatıyla sorumlu  
olacağını kabul eden görüşler de mevcuttur.<sup>81</sup>

Olgusal hatanın kullanılması halinde, doğrudan failin kastı devam et-  
mekte iken, haksızlığın derecesinin failden gizlendiği ve dolayısıyla  
maddi (olgusal) hatanın mevcut olduğu durumlarda da yan yana faillik ve  
dolaylı faillik söz konusu olabilir.<sup>82</sup> Örneğin, T, W'ye O'ya ait bir resme  
zarar vermesini ister. W'nin tasavvuruna göre bu resim aslında değersiz  
bir resimdir, ancak gerçekte T bu resmin orijinal ve çok kıymetli bir resim  
olduğunu bilmekte ve bunu gizlemektedir. Maddi vakıa bakımından üstün  
bilgisi sebebiyle T, hatanın fazla kısmına ilişkin olarak hâkimiyete sahip-  
ken, geri kalan kısma ilişkin olarak hâkimiyet W'ye aittir.<sup>83</sup> Böylelikle  
mala zarar verme suçu bakımından W doğrudan fail olarak, T ise dolaylı  
fail olarak, her iki fail beraber yan yana fail olarak sorumlu olacaktır.<sup>84</sup>

### G. Kasıtlı Suçlarda Yan Yana Faillik

Kasıtlı suçlarda birden fazla failin yan yana fail sıfatıyla aynı neticeyi  
gerçekleştirmek üzere bir araya gelmeleri nadiren ortaya çıkmaktadır.<sup>85</sup>  
Zira aynı suçu işlemek üzere birden fazla failin aralarında herhangi bir  
bağlantı olmaksızın harekete geçmeleri sıklıkla görülen bir durum değil-  
dir. Kasıtlı suçlarda yan yana faillik şu şekilde ortaya çıkabilir: Örneğin,  
bir kimya şirketinin boya makinasında görevli olarak çalışan A, çalış-  
makta olduğu makinanın büyük bir soğutma borusunda sızıntı olduğunu

80 **Kindhäuser**, AT, § 39, Kn. 5.

81 **Kindhäuser**, Nomoskommentar, § 25, Kn. 5; René **Bloy**, Die Beteiligungsform als  
Zurechnungstypus im Strafrecht, Schriften zum Strafrecht (SR), Band 60,  
Duncker&Humblot Berlin 1985, s 362 vd.

82 **Ebert**, AT, Sechster Teil, s. 197.

83 **Ebert**, AT, Sechster Teil, s. 197. Örneğin, aynı idari işlemde etkilenen birden fazla  
ilgili tarafın, karşılıklı bir anlaşma olmaksızın, yetkili memuru rüşvet vermek suretiyle  
geri çekilmeye ikna etmeye çalıştığı durumda kasten işlenen ve yan yana failliğin  
söz konusu olduğu bir durum ortaya çıkar. **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, § 12, Kn. 100.

84 **Ebert**, AT, Sechster Teil, s. 197.

85 **Rengier**, AT, § 40, Kn. 3.

ve bu nedenle su altında yer alan borudan zehirli soğutma sıvısının bitişikte yer alan ırmağa sızdığını fark eder. Ancak A, işini tehlikeye atmamak adına bu gerçeği bilerek gizler. Bu kapsamda A'nın, çevre suçları dolayısıyla ceza sorumluluğu vardır (TCK m. 181).<sup>86</sup> Borudaki sızıntı, kapsamlı bir ekipman denetimi nedeniyle, şirketin sorumlu yönetim kurulu üyesi V'ye ulaşmasına karşın, V şirket aleyhine "kötü reklam" olabileceği endişesiyle denetim raporunun kaybolmasına izin verirse, bu takdirde A ve B kasten ve birbirlerinden habersiz olarak hareket etmeleri sebebiyle, çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından kasten hareket eden yan yana fail olarak sorumlu olurlar.<sup>87</sup>

Kasıtlı suçlarda birden fazla kişinin birbirlerinden habersiz olarak bir kimseyi bir suç işlemek üzere azmettirmesi şeklinde yan yana azmettirme gündeme gelebilir.<sup>88</sup> Örneğin, A ve B'nin birbirlerinden habersiz olarak D'yi öldürmek üzere C'yi azmettirmeleri halinde, ölüm neticesi halinde A ve B ayrı ayrı azmettiren olarak sorumlu olurlar. Kasıtlı suçlarla taksirli suçların bir araya gelmesi sebebiyle de yan yana faillik ortaya çıkabilir, örneğin, A, O'yu yaralar, akabinde O hastanede doktor B tarafından yanlış bir şekilde tedavi edilip sonrasında O'nun vücudunda ağır bir yaralanma söz konusu olursa, A kasten yaralamadan, B ise taksirle yaralamadan yan yana fail sıfatıyla sorumlu olacaktır.<sup>89</sup>

## H. İhmali Suçlarda Yan Yana Faillik

Bir kimsenin yükümlü olduğu bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla söz konusu olan ihmal durumunda da yan yana faillik gündeme gelebilir. Nitekim garantör kimsenin üçüncü bir kimsenin aktif hareketine karşı herhangi bir müdahalede bulunmaması halinde ihmali suçlarda yan yana faillik sorunu ortaya çıkabilir.<sup>90</sup> Örneğin, kundakçı B, V'nin evinde yangın çıkarmıştır. V kendisiyle birlikte yaşayan ve yatalak olan annesini,

<sup>86</sup> **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 982a. Kasıtlı suçlarda yan yana faillik aynı zaman diliminde de ortaya çıkabilir. Örneğin, A ve B her biri birbirinden bağımsız olmak üzere, O'nun evine güçlü bir patlayıcı yüklü bomba getirir ve bombanın füyesini elektrik tertibatına bağlarlar. O eve girip elektrik düğmesine basınca, evle birlikte havaya uçar. bkz. **Joecks/Jäger**, Studienkommentar, § 25, Kn. 2.

<sup>87</sup> **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 982a.

<sup>88</sup> **Roxin**, AT II § 25, Kn. 265; **Schünemann** in: Leipziger Kommentar, § 25, 221.

<sup>89</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 50.

<sup>90</sup> **Fischer**, StGB, § 25, Kn. 53.

ölüm tehlikesi altında olduğunu bilmesine rağmen kurtarmada ihmal gösterir.<sup>91</sup>

İhmalî suçlarda fiil hâkimiyeti kriterinin hiçbir şekilde gündeme gelmeyeceği, bilakis garantörsel yükümlülüğünü yerine getirmekte ihmal gösteren kimsenin mutlaka fail olacağı görüşü kısmen savunulmaktadır (Fail teorisi-Tätertheorie).<sup>92</sup> Ancak ihmal suretiyle de suça iştirakin mümkün olduğunu hükme bağlayan StGB § 9 II hükmü, diğer bir ifadeyle ihmal suretiyle bir kimsenin şerik olabileceğine dair hüküm, bu görüşü dışlamaktadır.<sup>93</sup> Konuyla ilgili şöyle bir örnek verilebilir, örneğin, A, komşusu B'nin arabasına zarar veren küçük yaştaki oğlu O'yu, B tarafından öldüresiye dövülürken gördüğü halde müdahale etmemiştir. Sonrasında olayı izleyen B'nin diğer komşusu C bahçede kahvaltı yaparken, B'nin O'yu öldürme maksudını anladığı halde kahvaltı masasından B'nin ekmek bıçağını almasına engel olmamıştır. Görüleceği üzere ihmal suretiyle bir başkasının suça şerik olarak katılması mümkün olabileceğinden, bu görüş tutarlı olmayacaktır.

Başka bir görüşe göre ise ihmal gösteren garantör kişi, aktif hareket eden suç ortağının yanında mutlaka yardım eden olarak yer almaktadır, zira fail fiil hâkimiyetini elinde bulundurmaktadır (şeriklik teorisi-Teilnahmetheorie).<sup>94</sup> Fiil hâkimiyeti kriterine göre ihmal gösteren kişi fiili icra eden kişiye göre ikincil bir rol üstlenmektedir. Bu görüşe karşı faillik ve şeriklik arasında bir ayırım olması gerektiği itirazı ileri sürülebilir.<sup>95</sup>

Başka bir görüş ise koruma yükümlülüğü (Beschützergarant) ve gözetim yükümlülüğü (Überwachergarant) arasındaki ayırımla bağlantılı olarak koruma yükümlülüğünü ihmal eden kişiyi esas itibariyle fail olarak değerlendirmekte, gözetim yükümlülüğünü ihmal eden kişiyi ise şerik olarak kabul etmektedir.<sup>96</sup> Bu görüşe göre koruma garantörü hukuken korunan

91 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 44.

92 **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, § 14, Kn. 10-13; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 45.

93 **Yenisey/Plagemann**, s. 11.

94 **Jescheck/Weigend**, AT, s. 696; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 46.

95 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 46.

96 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 47; Bildirim yükümlülüğü olmakla birlikte bu yükümlülüğü ihlal eden birden fazla sağlık mesleği mensubu, yükümlülükleri birbirinden bağımsız olduğu için yan yana faillik olarak

değeri her türlü tehlikeden korumakla yükümlü iken, gözetim garantörü olan kişinin ise yalnızca belirli bir tehlike durumundan korumakla yükümlü olmakta, fakat koruma yükümlülüğü ve gözetim yükümlülüğü birbirinden belirgin bir şekilde ayırt edilemediği için bu ayırım da kendi başına problem teşkil etmektedir.<sup>97</sup>

Burada ikna edici teori fiil hâkimiyet teorisidir (Tatherrschaftslehre), zira bu teoriye göre ihmali davranışta bulunan kimsenin aktif davranışta bulunan kişinin yanında fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığı, her bir bireysel durumda ayrıca kontrol edilmelidir.<sup>98</sup> İhmali suçlar bakımından fiil hâkimiyet teorisi esas alınmalıdır. Zira ihmal gösteren kişinin her durumda fail ya da yardım eden olarak kabul edilmesi yerine her bir olayda suçun icrası bakımından yapılacak değerlendirme daha isabetli olacaktır. Nitekim yukarıda kundakçı örneğinde olduğu gibi, aktif olarak hareket eden kundakçı B, olay yerini terk ederse, bu durumda artık ihmali davranışta bulunan V'nin fiil hâkimiyetini haiz olması ve fail olması sonucu ortaya çıkacaktır. Zira ihmali davranışı gerçekleştiren V olayın gidişatı üzerinde hâkimiyet kurabilmektedir.

### I. Taksirli Suçlarda Yan Yana Faillik

Yan yana faillikte müşterek faillikte olduğu gibi bilinçli olarak neticeyi meydana getirmek üzere ortak hareket etme unsurunun mümkün olmaması sebebiyle, yan yana faillik sıklıkla taksirli hareketlerle bağlantılı olarak ağırlık kazanmaktadır.<sup>99</sup> Müşterek faillikle suçun icrasında failer arasında bilinçli ve kasıtlı bir etkileşim olması, buna karşın taksirli suçlarda suçun gerçekleştirilmesinde bilinçli bir etkileşim olmaması dolayısıyla kural olarak müşterek faillikten söz edilemez.<sup>100</sup> Böylece birden fazla

---

değerlendirilip ayrı ayrı sorumlulukları belirlenmelidir. bkz. Burak **Karahan**, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 948-978 s. 970.

97 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 47.

98 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 48.

99 **Roxin**, AT II, § 25, Kn. 265.

100 **Eisele/ Heinrich**, AT, Teil 10, Kn. 651. Taksirli suçlara iştirak kurumunu taksirli suçlarda işbirliği şeklinde değerlendiren görüş için ayrıca bkz. Sulhi **Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 495.

kişinin benzer yükümlülüklerine aykırı davranmak suretiyle tipik neticenin meydana gelmesine yol açtığı hallerde yan yana faillik mümkündür.<sup>101</sup> Örneğin; A tiyatronun vestiyerine içerisinde patlamaya hazır tabancasının olduğu paltosunu emanet olarak vermiş, vestiyer görevlisi tabancayı fark etmiş ve şaka amacıyla C'ye ölümcül bir etki doğuracak şekilde silahı ateşlemiştir.<sup>102</sup> Böylelikle A ve B, C'nin taksirle ölümünde, yan yana fail olarak sorumlu olacaklardır, zira her ikisi de dikkatsiz davranmak suretiyle kendileri bakımından izin verilmeyen riskin oluşumuna sebep olarak neticeyi gerçekleştirmişlerdir.<sup>103</sup> Burada suça katkıda bulunan her bir kişi, bir başkasının davranışı dolayısıyla değil, yalnızca suça katkısı sebebiyle sorumlu tutulacaktır.<sup>104</sup> Bu şekilde birden fazla kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle tipik neticenin meydana geldiği taksirli suçlarda yan yana faillik ortaya çıkacaktır.<sup>105</sup> Yine örneğin, A, profesyonel bir araştırma amacıyla ihtiyaç duyduğu zehri C'nin mutfağına bırakır. B, C ile birlikte kahve içerken, üzerinde açıkça zehir olduğu yazan şişeyi C'nin çok sevdiği fındık şurubu zannederek C'nin kahvesine karıştırarak servis etmiş, sonrasında kahveyi içen C ölmüştür.<sup>106</sup> Bu örnekte de A ve B gerekli özen ve dikkati göstermeyerek ayrı ayrı taksirli davranışlarıyla C'nin ölümüne sebep olduklarından dolayı yan yana fail olarak sorumlu olacaklardır.

Taksirli suçlarda yan yana faillik gerçek durumlarda çoğunlukla trafikte sürücülerin neden oldukları kazalarda meydana gelmektedir. Örneğin, StVO (Alman Karayolları Trafik Kanunu) § 3 hükmünde, karayolunda mevcut olabilecek engellerin önünde zamanında durabilmek üzere görüş mesafesine göre uyarlanan bir hız limiti düzenlemiştir.<sup>107</sup> StVO § 12 hükmü ise, karayolunun dar ve belirsiz görünümü olan yerlerinde durulmasının yasak olduğunu ifade etmektedir. Hükmün amacı, sürücülerin gö-

101 **Eisele/Heinrich**, AT, Teil 10, Kn. 651.

102 **Roxin**, AT II, § 25, Kn. 265.

103 **Roxin**, AT II, § 25, Kn. 265; Theatergarderoben Fall olarak da bilinen bu olayda yüksek mahkeme suça katılan her iki kişi bakımından taksirle öldürme suçunun varlığına hükmetmiştir. bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II, § 49, Kn. 82.

104 **Eisele/Heinrich**, AT, Teil 10, Kn. 651.

105 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, § 16, Kn. 863.

106 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, § 16, Kn. 863.

107 **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II, § 49, Kn. 83.

rüş alanında araç kullanmaları zorunluluğunun ihlal edilmesini önlemek-  
tir.<sup>108</sup> Kanun koyucu böylelikle sürücülerin birbirlerine arkadan çarpma-  
larını önlemek üzere çifte normatif düzenleme sağlamıştır. Örneğin, B ara-  
cını uygunsuz bir şekilde görüş açısının olmayacağı bir tepe arkasına park  
eder, A da yasal sınırların üzerinde seyir halinde giderse; her iki fail de  
yasanın ihlal edilmesi suretiyle yan yana fail olarak sorumlu tutulabilir.<sup>109</sup>  
Yine örneğin, A hız sınırının üstünde araç kullanmış, B de geçiş önceli-  
ğine sahip olduğunu düşünerek hareket etmiş ve çarpışma sonucu bir kaza  
meydana gelerek yolcu C yaralanmış ise; her iki fail de C'nin yaralanma-  
sına birbirlerinden bağımsız olarak sebep olmuşlardır.<sup>110</sup> Bu tarz olaylarda  
faillerin ceza sorumluluğu da birbirlerinden bağımsız olarak değerlendiril-  
ecektir, diğer bir ifadeyle her bir suça katkıda bulunan kişi bakımından,  
hareketiyle ilgili suç tipini gerçekleştirip gerçekleştirmediği kusurlu ve  
hukuka aykırı hareket edip etmediği araştırılmalıdır.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II, § 49, Kn. 83.

<sup>109</sup> **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II, § 49, Kn. 83. Benzer bir örnekte, bir bowling oyunu sonrasında A ve B'nin teklifi üzerine halihazırda sarhoş olan X, üçlü olarak motosiklet yarışı yaparlar. Akabinde X, kendi hatası sebebiyle kaza yaparak ölür. Bu durumda A ve B taksirli ölüm nedeniyle sorumludurlar, zira sarhoş olduğunu bildikleri X ile motor yarışına katılmışlardır. X'in ehliyetsiz olmasına rağmen salon sahibi tarafından kendisine alkol verilmesi ve X'in eve dönüş yolunda kaza yapması halinde, benzer durum oyun salonu sahibi bakımından da geçerlidir. bkz. **Jescheck/Weigend**, AT, s. 679.

<sup>110</sup> **Frister**, AT, 25. Kapitel, Kn. 1.

<sup>111</sup> **Frister**, AT, 25. Kapitel, Kn. 1. Diskothek in Flammen Olayı: “Etkinlik yöneticisi A, oldukça kırsal bir bölgede bulunan ve gençler için düzenli bir buluşma yeri olarak ayarlanan bir çiftlik evinde bir diskotek işletmektedir. Bir süre sonra, Bölge İdari Birimde sorumlu memur S, A'dan binanın kullanımı ile ilgili belgeler ile birlikte güncel bir bina planı sunmasını ve binanın yangından korunmasını kontrol ettirmesini beyan etmiştir. Eski binadaki yangın korumasının artık yeterli olmadığı görüldüğünden, Bölge İdari Birimi binanın diskotek olarak kullanılmasını yasaklamıştır. Ancak bu yasaklama kararına rağmen A diskoteği kapatmamış ve birkaç ay boyunca 1200'ün üzerinde misafir ağırlamaya devam etmiştir. Bir akşam, belirlenemeyen bir sebepten ötürü binada bir yangın çıkmıştır. Yasal yangından korunma gerekliliklerini karşılamayan dar ve dolambaçlı bina, böylelikle binada bulunan misafirlere kaçış imkânı tanımamış, altı kişi dumandan zehirlenmiş ve yanarak ölmüştür. Mahkemede A, yangın güvenliği önlemlerinin eksik olduğunu bilmesine rağmen diskoteği işletmeye devam ettiğini itiraf etmiştir. Ancak, Bölge İdare Birimindeki sorumlu memur S de bu durumu bilmekteydi, zira yasaklama kararından sonra S, diskoteğin faaliyetine devam edebilmesi için tescile tabi olduğunu ilan etmişti. Burada problem arz eden husus, S diskoteğin yangın koruması olmamasına rağmen büyük ölçekte faaliyet göstermeye devam ettiğini biliyordu ya da

## J. Yan Yana Faillik Ve Teşebbüs İlişkisi

Yukarıda bahsedilen yan yana faillerin duruma göre teşebbüsten sorumlu olduğu alternatif illiyet ve kümülatif illiyet bağı konularından farklı olarak burada elverişsiz teşebbüs kurumuna değinilecektir. Elverişsiz teşebbüs Türk hukukunda cezalandırılmamakta iken Alman hukukunda cezalandırılmaktadır. Elverişsizlikle ilgili durumlar, suçun konusu ve fiili işlemekte kullanılan vasıtalar bakımından olmak üzere iki başlıkta ifade edilmiştir. Örneğin, failin hasmına ait olduğunu düşündüğü gerçekte kendisine ait araca zarar vermesi suçun konusu bakımından elverişsiz teşebbüsü (Versuch am untauglichen Objekt); failin bir başkasını öldürmek üzere kullandığı zehrin gerçekte yalnızca diyareye (ishale) neden olması suçta kullanılan vasıta bakımından elverişsiz teşebbüsü (Versuch mit untauglichen Mittel) ifade etmektedir.<sup>112</sup> Kanunda bahsedilmemekle birlikte, örneğin failin kendisini hatalı bir şekilde memur olarak zannetmesi ve böylece suçun icrasına başlaması şeklinde bir diğer elverişsiz teşebbüs şekli olarak suçun failinin elverişsizliği (Versuch des untauglichen Subjekts) doktrinde kabul edilmektedir.<sup>113</sup> Ancak konumuzla ilgili olarak yalnızca suçun konusunun yokluğu ve suçta kullanılan vasıtanın elverişsizliği ile yan yana faillik ilişkisi incelenecektir.

İlk olarak suçun konusunun yokluğu ve yan yana faillik ile ilgili olarak şöyle bir örnek verilebilir; A ve B, birbirlerinden habersiz olarak C'yi öldürmek üzere C'nin evine gizlice girerler. B'den önce eve giren A, C'yi

---

en azından bilebilirdi. Bu durumda S diskoteğin faaliyetine devam etmesi dolayısıyla altı kişinin ölümüne, nedensel ve objektif olarak isnat edilebilir bir şekilde sebebiyet vermiştir. (§ 222 StGB, taksirle öldürme) Bununla birlikte, S ve A, suçu işleme noktasında farklı saiklere sahip olduklarından, bir ekip olmak suretiyle birlikte çalışmamışlardır. A, barını kârlı bir şekilde işletmeye devam etmek istemiş (yangın çıkmasını hesaba katmadan), memur S ise sadece yerinde kontrol etme zahmetinden kaçınmıştır. Bu halde her ikisi de diskoteğe gelen misafirlerin ölümüyle ilgili olarak taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılmalıdır, zira birbirlerinden bağımsız olarak objektif olarak öngörülebilir ve önenebilir bir yükümlülük ihlali yapmışlardır. Hâlbuki suçun somut neticesi de A ve S bakımından sübjektif olarak öngörülebilir ve önenebilir konumdaydı.” bkz. **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 982b.

<sup>112</sup> **Krey/Esser**, AT, § 43, Kn. 1246 vd. StGB § 24'e göre iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü olarak vazgeçen kişi, yan yana fail haline gelmekte o ana kadar işlediği suçlardan yan yana fail olarak cezalandırılmakta ve teşebbüs edilen suçtan cezalandırılmamaktadır. bkz. Elvan **Keçelioğlu**, Alman Ceza Hukukunda Faillik, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 73-88, s. 87.

<sup>113</sup> **Krey/Esser**, AT, § 29, Kn. 1248.



yatağında öldürdükten sonra eve giren B, C'nin uyuduğunu düşünerek ona ateş eder. Burada A kasten öldürme suçundan, B ise suçun konusunun yokluğu sebebiyle elverişsiz teşebbüsten, her ikisi birlikte yan yana fail olarak cezalandırılacaktır.<sup>114</sup> İkinci olarak suçta kullanılan vasitanın elverişsizliği bakımından örneğin, A ve B bir gece karanlığında birbirlerinden habersiz olarak, yolda yürümekte olan C'ye farklı açılardan aynı anda ateş ederler, C ölür. Sonrasında yapılan incelemede B'nin kullandığı silahın kurusıkı olduğu ortaya çıkarsa, bu durumda A kasten öldürmeden B ise suçta kullanılan vasitanın elverişsizliği nedeniyle elverişsiz teşebbüsten yan yana fail olarak sorumlu olacaktır.<sup>115</sup>

## II. BÖLÜM: TÜRK HUKUK MEVZUATINDA YAN YANA FAİLLİK

### A. 765 Sayılı Tck'da Yan Yana Faillik

765 sayılı TCK m 463'e göre, bazı suçlar bakımından (kasten öldürme ve kasten yaralama gibi) fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında cezanın indirilerek verileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>116</sup> Kanunda bahsedilen birliktelik, müşterek faillik haricindeki birlikteliği ifade etmektedir, zira bu durumda suça katılan her fail arasında iştirak iradesi olacağı için tamamlanmış suça göre failler cezalandırılacaktır. Dolayısıyla kanundaki ifade yan yana failliği ifade etmektedir. Görüleceği üzere fiilin işlenmesi sonrasında suçun isnadiyeti bakımından şüphe söz konusu olduğu için cezalandırmada indirim gidilmiştir. Bu durumda her bir fail kendi fiilinden ispatlandığı ölçüde sorumlu olacaktır.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Krey/Esser, AT, § 43, Kn. 1246 vd.

<sup>115</sup> Krey/Esser, AT, § 43, Kn. 1246 vd.

<sup>116</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf> E.T. 17.09.2022. 765 sayılı TCK m. 463: "448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri (kasten öldürme ve kasten yaralama suçları) iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde onaltı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadarki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

<sup>117</sup> Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2019, s. 348. Yazarlar bu durumda faillerin kastları

Konuyla ilgili bir kararda Yargıtay, maktulün kafasına isabet eden darbeler sonrasında maktulün kafa kemiğinde çatlak veya kırık meydana gelmediği, ancak ölümün iç kanamadan ortaya çıktığı fakat hangi fail tarafından ölümün gerçekleştirildiğinin tespit edilememesi dolayısıyla 463. maddenin uygulanması noktasında isabetsizlik görmemiştir.<sup>118</sup>

Ancak faillerden birisinin hareketi, diğerlerinden bağımsız olarak yaralama fiilini veya öldürme fiilini gerçekleştirme bakımından yeterli ise bu halde 463. madde uygulanmayacaktır. Nitekim Yargıtay, bir ot ihtilafı çıkan kavgada, sanıkların maktule karşı kullandığı tırpan gibi aletlerin vücutta meydana getirdiği yaralanmaların her birinin bağımsız olarak ölüm neticesini meydana getirmesi karşısında 463. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir.<sup>119</sup>

Yan yana faillikle ilgili 765 sayılı TCK'da yer alan bir diğer hüküm ise m. 464'tür. Bu madde hükmü, bir kavgada bir kimsenin ölmesi ve yaralanması halinde, kavgaya katılanlar bakımından (kavgaya sebep olanlarla, yalnızca kavgaya dâhil olanlar arasında ayırım yapılarak) yine cezada indirim yapılmasını öngörmektedir.<sup>120</sup>

---

bakımından bir farklılık olmamakla birlikte sırf aralarında iştirak iradesi olmadığı için cezalandırmada indirime gidilmesini eleştirmektedir.

118 Doğan, **Soyaslan**, T.C.K. nun 463. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, DEÜHFD, S. 1-4, 1987, s. 279-306, s. 295, Yargıtay 1. CD., T. 06.07.1960, K. 1470/1703.

119 **Soyaslan**, s. 296, Yargıtay 1. CD., T. 23.01.1963, E 16/116 K.

120 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf> E.T. 17.09.2022, "1889 İtalyan Ceza Kanununun 379. maddesinden iktibas edilmiş bu düzenlemenin benzeri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa dair Hükümet Tasarısına da (m.233) alınmış, ancak komisyon çalışmaları sırasında gereksiz görülerek metinden çıkartılmıştır. Bu sebeple 5237 Sayılı TCK'da "kavga suçu" şeklinde bağımsız bir suç tipi yer almamaktadır. Ancak bu durum 765 Sayılı TCK'nın 464. maddesinde yaptırım altına alınan tüm eylemlerin suç olmaktan çıkartıldığı anlamına gelmemekte olup 5237 Sayılı TCK'da kavgaya katılanların meydana gelen ölüm ve yaralama neticelerinden hukuki sorumluluklarının iştirake dair genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir." YCGK 2013/343 E., 2015/13 K. T. 24.03.2015. "Bu öldürme veya müessir fiil açısından kavgaya katılanlar arasında bir iştirak iradesinin bulunmaması gerekir. Bu itibarla, "kavga suçu"nda bir kişinin ölmesi veya yaralanması halinde; bu suçtan —şayet sorumluluk söz konusuysa— sadece o fiili gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulması gerekir. Yine, bu fiili kavgaya katılanlardan kimin gerçekleştirdiği sabit olmazsa, mad. 463 tatbik kabiliyeti bulacaktır." bkz. İzzet, **Özgenç**, "Kavga Suçu" (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 19, Ekim 1993, Sayı: 4, s. 477-500, s. 482.

Bu madde kapsamında Yargıtay kararına konu olayda, kavgada, H tarafından sopa ve taşlarla ayağı kırılan mağdura, taşlarla saldıran diğer sanıkların eylemi, 464. madde kapsamında değerlendirilerek, yaralama ile sonuçlanan kavgada yaralıya el uzatma suçunun oluştuğuna yönelik karar verilmiştir.<sup>121</sup>

Benzer başka bir olayda Yargıtay kararına göre, maktul ile sanığın kavga ettiğini gören sanığın kardeşi, eline geçirdiği bir tahta ile maktule vurmuş, sanık ise, maktül kalp bölgesinden bıçaklayarak öldürdüğü anlaşılmaması karşısında; sanığın kasten adam öldürme suçundan, sanığın kardeşinin ise, kavgada ölene el uzatmak suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.<sup>122</sup>

### B. 5237 Sayılı Tck'da Yan Yana Faillik

5237 sayılı TCK'da yan yana faillik TCK m. 22/5'te düzenlenmiştir.<sup>123</sup> Bu hükme göre, “birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacak, her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı” belirlenecektir. Ayrıca bu maddenin gerekçesine göre, “birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledik-

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T. 17.09.2022, 765 sayılı TCK m. 464: “Yukarı maddede yazılı ahval müstesna olmak ve ferdan irtikap edilmiş cürümler münasebetiyle hükmedilecek daha ağır cezalara halel gelmemek şartıyla bir kavgada bir şahıs ölmüş olur yahut yaralanmış bulunursa o şahsa karşı kavga esnasında el uzatmış olanlardan her biri aşağıdaki tertip dairesinde cezalandırılır:

1. Adam ölmüş veya ölümü intaç eden bir yara ika edilmiş ise iki seneden beş seneye kadar hapis;
2. Ahvali sairede ceza üç aydan iki seneye kadar hapistir. Şu kadar ki bu ceza fail hakkında münferiden cürüm işlemiş olması halinde verilecek cezanın yarısını tecavüz edemez;
3. Maktul ve mecruha karşı el dokundurmuş olmayıp da yalnız kavgaya dahil olanlar altı aya kadar hapsolunur;
4. Kavganın hudusuna sebebi asli olanlar hakkında yukarıda beyan olunan cezalar üçte bir miktar artırılır.”

<sup>121</sup> Özgenc, Kavga Suçu, s. 483-484, Yargıtay 4. CD., T. 18.12.1981, K. 7568/7832.

<sup>122</sup> Özgenc, Kavga Suçu, s. 483-484, Yargıtay 1.CD., T. 04.06.1992, K. 895/1389.

<sup>123</sup> Kayıhan İcel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 564; Koca/Üzülmez, s. 474; Zafer, s. 543; Akbulut, s. 770.

leri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak” belirleneceği ifade edilmektedir.<sup>124</sup> Yukarıdaki örnekte yer aldığı üzere taksirle hareket eden faillerin her birisinin kusuru göz önüne alınarak ayrı ayrı yan yana fail olarak cezalandırılacaktır. Dolayısıyla aslında bu hüküm Türk ceza hukuku sistematüğinde taksirli suçlara iştirakin söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Birbirlerinden habersiz olarak taksirle suç işleyen kişiler arasında taksirle işlenen bir suçta iştirak değil, taksirli hareketlerin birlikte işlenmesinden söz edilecektir. Örneğin; testereyle bir ağacı kesen iki kişi, ağacın devrilmesi suretiyle bir kimsenin ölümüne neden olmaları durumunda, taksirli suçu iştirak halinde değil işbirliği halinde gerçekleştirmiş olurlar.<sup>125</sup> Dolayısıyla bu durumda suç faillerinin sorumluluğu taksir sebebiyle ayrı ayrı belirlenecektir.

Yargıtay bir kararında iki kişinin taksirle neden olduğu bir yaralama olayında, bilirkişi raporuna göre sanıklardan birinin asli diğerinin ise tali kusurlu olarak tespit edilmesine karşın, ilk derece mahkemesince her iki sanığın da asli kusurlu olarak kabul edilip cezalandırılmasını TCK m. 22/5’e aykırı bulmuştur.<sup>126</sup>

TCK m. 22/5 ile ilgili başka bir Yargıtay kararında ise “trafik kazası sonucu yaralanıp hastaneye kaldırılan ölenin kazadan yaklaşık 14 saat sonra tedavi gördüğü hastanede öldüğü olayda, sanığın eylemi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı olduğunun belirtilmesine rağmen ölenin hastaneye getirildikten sonra düzenlenen ilk raporda hayati tehlikesinin olmadığına açıklanması karşısında, ölene uygulanan yanlış veya eksik bir tedavinin ölümün meydana gelmesine etki edip etmediği belirlenmeden, hüküm kurulmasının” isabetsiz olduğu belirtilmiştir.<sup>127</sup>

Ayrıca yan yana faillikle ilgili olarak TCK m. 40/1’de yer alan hükme değinilebilir. Bu hükme göre, suçun işlenişine iştirak eden her bir kişinin

<sup>124</sup> M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen, Gerekçeli Ceza Kanunları, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 47.

<sup>125</sup> Demirbaş, s. 545; Çiçek, s. 33.

<sup>126</sup> Yargıtay 12. CD., E. 2014/18087, K. 2014/25483 T. 12.12.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>127</sup> Yargıtay CGK., E. 2014/36, K. 2015/143, T. 5.5.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

bir diğ erinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler dikkate alınmaksızın kendi kusurlu hareketi dolayısıyla sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bu hükümd e yer alan, suçun iş leniş ine iştirak eden “her kişi” ifadesi aynı zamanda yan yana faill iğ i de ifade etmektedir. Zira her ne kadar yan yana failler arasında iştirak iradesi olmasa da, suçun iş leniş inde birlikte hareket etmektedirler.

Doktrinde Artuk/Gökç en/Alş ahin/Ç akır, yan yana faillikle ilgili farklı bir soruna değ inmektedirler. Bir kimse sosyal düzen gereğ i veya meslek sahibi olması itibariyle yapması gereken eylemleri yerine getirmesi dolayısıyla suça iştirakten dolayı sorumlu olabilir mi? Örneğ in, bir kimse bir başkasının hırsızlık amacıyla geldiğ ini bildiğ i halde onu dü ş tüğ ü kuyudan kurtarsa veya kolu kırılan bir kimseyi, doktor hırsızlık yapacağını bilse bile tedavi etse, suça iştirakten sorumlu olur mu?<sup>128</sup> Yazarlara göre bu şekilde toplumsal hayatın gerekliliğ i veya mesleki faaliyet dolayısıyla suça iştirak söz konusu olmaz, burada yardım eden kişiler görevin ifası ve hakkın icrası hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanacaklardır.<sup>129</sup>

### C. 5271 Sayılı CMK’da Yan Yana Faillik

5271 sayılı CMK’da yan yana faillik “topl u suç” kavramında yer almaktadır.<sup>130</sup> CMK m. 2/1-k hükmünde, “aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından iş lenen suç” topl u suç olarak

<sup>128</sup> **Artuk/Gökç en/Alş ahin/Ç akır**, s. 726. İştirak iradesiyle ilgili Yargıtay kararları: “Önceden var olan bir husumet nedeniyle, mağdurların sanıklara saldırması karşısında, sanıkların da karşılık vermesi, sonrasında sanıklardan birinin silahla tehdit eyleminde, diğ er sanıklar bakımından iştirak iradesinin olup olmadığ ını tartışılmadan silahla tehdit eyleminden dolayı mahkumiyet kararı verilmesini” bozma nedeni olarak görmüştür. Yargıtay 4. CD., E. 2013/38160 K. 2016/12965 T. 29.9.2016. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) Otomobili ile seyir halinde bulunan sanığ ın aracı ile aynı istikamette giden başka bir sürücünün yol vermemesi nedeniyle taraflar arasında çıkan kavgada sanığ ın maktule yumruk attığ ı, olay mahallinden kaçarak kurtulmak isteyen maktulü kovalarken sanığ ın arkadaşının maktulü bıçaklayarak öldürdüğü olayda, Yargıtay ani şekilde meydana gelen olay sırasında sanık ve sanığ ın arkadaşısı arasında öldürme suçu yönünden iştirak iradesi bulunmadığ ına karar vererek, sanığ ın arkadaşısı ile ilgili olarak yalnızca kasten yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiğ ini belirterek, kasten öldürme suçundan dolayı sanığ ın arkadaşısının cezalandırılmasını bozma nedeni olarak görmüştür. Yargıtay 1. CD. 27.02.2007 tarih ve 3670/772 sayılı karar.

<sup>129</sup> **Artuk/Gökç en/Alş ahin/Ç akır**, s. 726.

<sup>130</sup> **Aydın**, s. 29; **Zafer**, s. 543.

ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Bu maddede belirtilen birliktelik, suç ortaklığı hem müşterek failliği hem de yan yana failliği içermektedir. Bu hüküm aynı zamanda CMK m. 91/3-4'te yer alan gözaltı süresi bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim toplu olarak işlenen suçlarda “*delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle*” gözaltı süreleri uzatılabilmektedir.<sup>132</sup> Örneğin, bir futbol maçında taraftar grubu, rakip takımın bir oyuncusuna yönelik ırkçı söylemde bulunursa,<sup>133</sup> gerçekleşen hakaret suçu bakımından aralarında iştirak iradesi olmadığı için yan yana faillik söz konusu olacak, suç failleriyle ilgili olarak benzer durumdaki başkaca suçlar bakımından soruşturmada gerekirse toplu suç hükümlerine göre hareket edilebilecektir.

5271 sayılı CMK' da yan yana faillikle ilgili bir diğer hüküm, CMK m. 255'te yer almaktadır. Bu hükümde, “*aralarında iştirak iradesi olsun ya da olmasın, birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişinin uzlaşmadan*” yararlanacağı ifade edilmektedir.<sup>134</sup>

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında, müşteki tarafından, sanıkların gerçekleştirdiği mala zarar verme olayına müdahale edilmek istenmiş, akabinde ani gelişen tartışma ortamında sanıkların müştekiyi ölümle tehdit ettikleri iddia edilmiştir. Ancak sanıkların ne suretle önceden anlaşım planlayarak birlikte hareket ettikleri ya da olay sırasında ne şekilde iştirak iradesi içinde atılı eylemi gerçekleştirdikleri yeterince açıklanıp tartışılmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hükümler kurulması ve uzlaşma hükümlerinin değerlendirilmemesi, Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak görülmüştür.<sup>135</sup> Olayın uzlaşma bakımından

131 **Artuk/Gökçen**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 420.

132 **Artuk/Gökçen**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 449.

133 **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II, § 49, Kn. 80. Toplu suç ve yan yana faillikle ilgili Yargıtay kararı: Dava konusu eşyanın satıcısı olduğu iddia edilen sanıklar ile, alıcısı olduğu iddia olunan sanıklar arasında iştirak iradesi bulunmadığı, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 4/2. Maddesinde yer alan toplu suç için üç ya da daha fazla kişinin aynı eyleme birlikteliklerinin arandığı gözetildiğinde, uygulama yeri bulunmayan 5607 sayılı Kanunun 4/2. maddesinden artırım yapılmasını bozma nedeni olarak görmüştür. Yargıtay 7. CD., E. 2021/90, K. 2021/7638, T. 08/06/2021.

134 **Artuk/Gökçen**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 542.

135 Yargıtay 4. CD., E. 2020/1113, K. 2020/19540, T. 14.12.2020. Benzer bir karar: “*Sanıklarla katılanlar arasında araç park etme meselesinden çıkan olayda, ani gelişen tartışma ortamında sanıkların birlikte tehdit suçuna iştirak iradesi ve birlikte tehdit kastı olmaksızın katılanları tehdit ettiklerinin anlaşılması karşısında, koşulları*

önemi ise tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi uzlaşma kapsamına dahil olmamakla birlikte, TCK m. 106/1’de yer alan temel şekli uzlaşmaya tabidir.

Benzer bir hükmün CMK m. 250/11’de yer alan seri muhakeme usulü bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak bu hükümde uzlaşmadan farklı olarak “*suçun iştirak halinde işlenmesi halinde*” ifadesi yer almaktadır.<sup>136</sup> Konuyla ilgili şöyle bir örnek düşünülebilir: A ve B birbirlerinden bağımsız olarak ve aynı anda C’ye yönelik, seri muhakeme usulüne tabi olan TCK m. 183 kapsamında gürlüğe neden olma suçunu işlemektedirler. Bu halde uzlaşma hükmünde yer aldığı gibi aralarında iştirak iradesinin olmaması, benzer şekilde seri muhakeme usulü bakımından da geçerli olabilir mi? Kanımızca ceza muhakemesinde istisnalar haricinde kıyas yasağının olmaması sebebiyle uzlaşmada yer alan bu hükmün seri muhakeme usulü bakımından da uygulanması söz konusu olabilir.

## SONUÇ

Kanunda yer almamakla birlikte birden fazla failin birbirlerinden habersiz olarak suçun icrasına başladığı yan yana faillik kurumu doktrinde yer almaktadır. Yan yana faillik aslında birden fazla doğrudan failin bir arada olduğu bir durumu ifade etmekte, yan yana failler ortak bir suç işleme kararı çerçevesinde hareket etmediklerinden dolayı müşterek faillikte olduğu gibi faillerin suça katkıları bakımından karşılıklı bir isnadiyet söz konusu olmamaktadır.<sup>137</sup> İşte bu noktada müşterek faillikten farklı olarak yan yana faillikte bahsedilen isnadiyet (alternatif ve kümülatif isnadiyet bağı) problemlerinin çözümü noktasında yan yana faillik kavramının doktrinde kullanılmasının -her ne kadar bu kavramın kullanılmasının gereksiz olduğunu düşünen görüşler olsa da- gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Zira her ne kadar yan yana failler doğrudan fail olarak değerlendirilse

---

*oluşmadığı halde sanıklar hakkında yazılı şekilde hükümler kurulması, TCK'nın 106/1. maddesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamında bulunduğu anlaşılmasıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiştir...*” Yargıtay 4. CD. E. 2014/40943, K. 2019/2172, T. 14.02.2019.

<sup>136</sup> Seri muhakeme usulüyle ilgili geniş bilgi için bkz. Ercan, **Yaşar**, Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesi Alternatif Usuller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 299 vd.

<sup>137</sup> **Murmann**, Grundkurs Strafrecht, § 27, Kn. 19.

de birden fazla doğrudan failin bir araya geldiği bu suç ortaklığı farklılık arz edecektir. Kasten işlenen suçlardan ziyade yan yana faillik sıklıkla taksirli suçlarda rastlanılmaktadır. Örneğin, bir araç sahibi A, acemi olan B'ye aracını emanet eder. Sonrasında meydana gelen kazada C ölür. Bu durumda A ve B TCK m. 85 (StGB § 222) uyarınca (taksirle öldürme) suçundan yan yana fail sıfatıyla sorumludurlar.<sup>138</sup> Bu olay aynı zamanda her bir failin bir başkasının hareketinden bağımsız olmak üzere sorumlu olduğunu göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Her bir fail bir diğ-ğerinden bağımsız olmak üzere ve karşılıklı isnadiyet olmaksızın kendi şartlarına göre değerlendirilecektir.<sup>139</sup>

Yan yana faillik bir iştirak şekli olarak bağımsız bir nitelik arz etmekte, çoğunlukla illiyet bağı ve isnadiyet bakımından problem arz etmektedir.<sup>140</sup> Bilhassa alternatif ve kümülatif illiyet durumunda suçun fail-leri arasında iştirak iradesinin olup olmaması faillerin cezalandırılmasında farklılığa yol açmaktadır. Bu durum yan yana faillik konusunda ispat bakımından problemlere neden olmaktadır. Buna karşın yan yana faillik dogmatik olarak ele alınması herhangi bir güçlük arz etmez, zira ayrı ayrı hareket eden faillerin her biri bakımından, bu faillerin eylemleriyle suçun unsurlarını tam anlamıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediklerinin incelenmesi gerekir.<sup>141</sup> Yalnız başına fail (Alleintäter) durumunda olduğu gibi, yan yana fail yalnızca suçun işlenmesinde kendi hareketinden sorumludur.<sup>142</sup>

İhmali suçlarda yan yana faillikle ilgili değinilen teoriler arasında, en uygun olan teori fiil hâkimiyet teorisi olup, diğer teoriler ihmali davranışta bulunan kimse bakımından daha keskin bir bakış açısına sahiptir. Fiil hâkimiyet teorisi bağlamında olaya göre değerlendirme yapılarak iştirak statüsünün belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca yan yana faillik konusunda tartışmalı olan bir diğer konu ise bir kimsenin başka bir kimsenin suç planını kendi lehine kullanması halinde dolaylı fail olup olmayacağına ilişkindir. İşlenen suçun arka planında yer alan ve suçun işlenmesini kendi menfaati çerçevesinde kullanan kişinin bizatihi dolaylı fail olarak

138 Wolf-Dietrich **Brodag**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Stuttgart 2011, 6. Teil, Kn. 333.

139 **Brodag**, AT, 6. Teil, Kn. 333.

140 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, § 16, Kn. 863.

141 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 51.

142 **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, § 25, Kn. 51.



kabul edilmesi görüşünden farklı olarak bu durumda yan yana failliğin değerlendirilmesi daha isabetlidir.

Netice olarak yan yana faillikle müşterek failliği birlikte değerlendirdiğimizde yan yana failliğin daha geniş bir kapsamda uygulama alanı bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim müşterek faillikte birden fazla kişi kasıtlı bir suçun işlenmesi noktasında iştirak iradesiyle ortak bir şekilde hareket etmektedir. Ancak yan yana faillikle suç ortakları arasında bir iştirak iradesi olmadığı için hem kasıtlı suçlar bakımından hem de taksirli suçlar bakımından yan yana faillik söz konusu olabilmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet, Gereğçeli Ceza Kanunları, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Aydın**, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang/**Eisele**, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage, Bielefeld 2016.
- Bloy**, René, Die Beteiligungstypus als Zurechnungstypus im Strafrecht, Schriften zum Strafrecht (SR), Band 60, Duncker&Humblot, Berlin 1985.
- Bohlander**, Michael, Principles of German Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon 2009.
- Çiçek**, Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Bir İştirak Şekli Olarak "Dolaylı Faillik", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Demirel**, Muhammed, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık (İstanbul Arşivi), İstanbul 2017.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Ebert**, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001.
- Eisele**, Jörg/**Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, 1. Auflage, Stuttgart 2017.
- Fincke**, Martin, Der Täter neben dem Täter, GA 1975, 161-176.
- Fischer**, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetze, 65. Auflage, München 2018.
- Frister**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2018.
- Fuchs**, Helmut/**Zerbes**, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat, 10. Auflage, Wien 2018.

**Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg 2015.

**Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2019.

**Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

**Heine**, Günter /**Weißer**, Bettina, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019.

**Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2016.

**Hilgendorf**, Eric/**Valerius**, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, München 2015.

**Hoffman-Holland**, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen 2015.

**İçel**, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

**İçel**, Kayıhan/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih S./**Ünver**, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 1. Bası, Ziya Ofset, İstanbul 1999.

**Jäger**, Christian, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Heidelberg 2019.

**Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.

**Joecks**, Wolfgang/**Jäger**, Christian, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 12. Auflage, München 2018.

**Karahan**, Burak, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 948-978.

**Kaspar**, Johannes, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Baden-Baden 2017.

**Keçelioğlu**, Elvan, Alman Ceza Hukukunda Faillik, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 73-88.

**Kindhäuser**, Urs, Nomoskommentar, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxis-kommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2017.

**Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

**Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Krey**, Volker/**Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stuttgart 2016.

**Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Vahlen, München 2012.

**Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014.

**Murmann**, Uwe, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Berlin 1993.

**Murmann**, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 4. Auflage, München 2017.

**Otto**, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2005.

**Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

**Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Özen**, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Özgenç**, İzzet, "Kavga Suçu" (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 19, Ekim 1993, Sayı: 4, s. 477-500.

**Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 2018.

**Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006.

**Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003.

**Schmidt**, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 19. Auflage, Bremen 2018.

**Schroeder**, Friedrich-Christian, Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 11/2009, [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_11\\_370.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_370.pdf) (ET. 16.09.2022).

**Schünemann**, Bernd in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, Erster Band, Berlin 2007.

**Soyaslan**, Doğan, T.C.K. nun 463. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, DEÜHFD, S. 1-4, 1987, s. 279-306.

**Stratenwerth**, Günter/**Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011.

**Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, Heidelberg 2018.

**Yaşar**, Ercan, Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesi Alternatif Usuller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015.

**Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

### İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/E.T:17.09.2022>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf> E.T. 17.09.2022.

[https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_11\\_370.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_370.pdf)E.T. 17.09.2022.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

**Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl  
İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische  
Versuch) Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki  
Zorlukları\***

**The Unreal Attempt - On the Difficulties of Criminal Law Dogma-  
tics to Master the Superstitious Attempt**

**Helmut SATZGER\*\***

**Çeviren: Arş. Gör. Mustafa ÇİÇEK\*\*\***

\* Bu makalenin orijinal künyesi: Helmut Satzger, “Der irreale Versuch - über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden”, Juristische Ausbildung (JURA), 2013(10): 1017-1025. Burada yayımlamak için yazarından izin alınmıştır.

\*\* Yazar, Münih Ludwig-Maximilians-Üniversitesi’nde Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukuku; Ceza Usul Hukuku ve Ekonomi Ceza Hukuku alanlarında çalışmakta ve aynı zamanda bu derginin (JURA) co-editörlüğünü yapmaktadır.

\*\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Çeviri/Translation**

**Geliş/Received: 28.10.2022 | Kabul/Accepted: 15.12.2022.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Helmut Satzger (Çev. Mustafa Çiçek), “Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische Versuch)

## ÖZET

Alman Ceza Hukukunda suçun failinin gerçekleştirdiği hareketler, en başından itibaren neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasa da, cezalandırılmaktadır. Bu kurum elverişsiz teşebbüs olarak ifade edilmektedir. Kural olarak Alman hukuku elverişsiz teşebbüsü cezalandırmaktadır. Elverişsiz teşebbüs başlığı altında bir diğer kurum, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüstür, bu durumda mahkeme ya cezadan vazgeçebilmekte veyahut cezayı takdiren indirebilmektedir. Elverişsiz teşebbüsün dışında kalan haller ise gerçek olmayan teşebbüs veya batıl inanca dayalı teşebbüs olarak ifade edilmektedir. İşte bu makalede ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs ve gerçek olmayan teşebbüs arasındaki ilişki incelenmekte, gerçek olmayan teşebbüse yönelik ceza hukuku öğretisinin durumu incelenmektedir. Bu özet bölümü çeviren tarafından eklenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Suça Teşebbüs, Elverişsiz Teşebbüs, Gerçek Olmayan Teşebbüs, Batıl İnanca Dayalı Teşebbüs, Ağır Bilgi ve Anlama Hatasına Dayalı Teşebbüs.

## ABSTRACT

In German Criminal Law, the actions of the perpetrator of the crime are punished even if they are not suitable to produce the result from the very beginning. This topic is referred to as impossible attempt. As a rule German law punishes impossible attempt. Another institution under the heading of impossible attempt is the attempt based on a Gross Misunderstanding, in which case the court may either waive the punishment or reduce the punishment discretionarily. Cases other than impossible attempt are referred to as unreal attempt or attempt based on superstition. In this article, the relationship between attempt based on gross misunderstanding and unreal attempt is analyzed and the status of the criminal law doctrine regarding unreal attempt is examined. This abstract is written by the translator.

**Keywords:** Criminal Attempt, Impossible Attempt, Unreal Attempt, The Superstitious Attempt, Gross Misunderstanding Attempt.

Büyü, sihir veya duyuyüstü güçleri kullanmak isteyen veya kullandığına inanan "faillerin" davranışları ceza hukukunun araçlarıyla kavranmak istenildiğinde, hukuken erişilebilir olan sınırlara hızlıca çarpılır. Aşağıdaki makale, konuyla ilgili ortaya çıkan zorlukları açıklayıp, öğretide ifade edilen görüşleri ele alıp, olası çözümlere işaret etmektedir.

---

Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki Zorlukları”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (597-618).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

## I. GİRİŞ

Batıl inanca dayalı teşebbüs olarak da adlandırılan gerçek olmayan teşebbüs ele alındığında, büyü, sihir ve duyu ötesi güçlerle de ilgilenilmiş olur. Dolayısıyla bir hukukçu olarak, hukukun belirgin mantığı ve katı dogmatığı ile kavranması zor bir katmanla zorunlu olarak karşı karşıya gelinir. Buna rağmen bu olaylar da–gerçekte nadiren ortaya çıksalar da–bu dünyanın bir parçasıdır ve uygun bir şekilde muhakeme edilme “hakkına” sahiptir. Bu olaylar dogmatik sistemimizin adeta bir sınanması olarak görülebilir. Ancak batıl inanca dayalı teşebbüste yanlış bir konumlama olduğu ifade edilmelidir. Zira netice üzerinde geniş ölçüde bir mutabakat vardır: Ezeli düşmanını bir vudu bebeğine iğne batırmak suretiyle öldürmek isteyen kişi cezasız kalmalıdır. Bu kimsenin öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyor olması gerekir. Peki, bu neden böyledir? Bu durum ceza hukukumuzun genel sistemine uygun mudur?

Gerçekten StGB (Alman Ceza Kanunu), gerçek olmayan veya batıl inanca dayalı teşebbüs kavramını tanımamaktadır. Bununla birlikte hemen hemen her ceza hukuku ders kitabında bu konudan bahsedilmektedir. Fakat dikkat çekicidir ki, bu tarz olaylar genellikle çok kısa, neredeyse ihtiyatlı bir şekilde ele alınır. Çoğu zaman, mantıksal örnek teşkil eden, başka dogmatik figürlerle tutarlı gerekçelendirme yolundan ziyade –tematiğe uygun- “uydurarak/çağrıştırarak” sonuç elde edildiği izlenimi edinilmektedir. Bu durumu, öne sürülen argümanlar ve kullanılan dil de göstermektedir. Kısmen, alışlagelmiş terminolojiyle gerekçelendirme girişiminde bulunulmadığı intibayı oluşmakta; bunun yerine, [suç kategorilerinin ötesinde], genel tarihsel değerlendirmelere dayandırılmakta ve batıl inanca dayalı teşebbüsün cezasız kalması “tarihsel koşullanmış” olarak açıklanmaktadır, zira hukukçular aydınlanma döneminin ardından genel olarak büyü ve duyu ötesi güçlere veda etmişlerdir.<sup>1</sup> Bu bağlamda Kudlich, bu tür “ceza hukukundan arındırılmış alanların” oluşturulmasının dogmatik bir başarıdan ziyade çözümlenememiş bir geçmişin işareti olarak yorumlanabileceğini yerinde bir şekilde formüle etmektedir.<sup>2</sup> Dogmatik açıklamalar yapılmaya çalışıldığında ise, bunlar genellikle suskun ve soluk kalmakta ya da abartılı ve içi boş hale gelmektedir.

Uygulama açısından –kabul edelim ki- özel öneme sahip bir konu olmasa da, batıl inanca dayalı teşebbüsün doğru şekilde sınıflandırılması ve

<sup>1</sup> Krş. Otto, AT, § 18 Rn. 60.

<sup>2</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuh, § 22 Rn. 25; Kudlich, JZ 2004, 72, 75.



tatmin edici şekilde çözümlenmesi tüm sistemin tutarlılığı bakımından büyük önem taşımaktadır; ayrıca çalışmayla büyüünün karanlığına dogmatik bir ışık tutma düşüncesi faydalı ve heyecan verici olmaktadır.

## II. BATIL İNANCA DAYALI TEŞEBBÜS NEDİR?

### 1. Tanım ve Örnekler

Kabaca ifade edilirse batıl inanca dayalı veya gerçek olmayan teşebbüsten, failin “bu dünyaya ait olmayan” etkenler aracılığıyla tipik neticeyi meydana getirmeye çabaladığı olay kurguları anlaşılmaktadır.<sup>3</sup> Bu kapsamda failin suç tipine yönelik amacına, insani hâkimiyet alanının dışında ve doğa bilimlerine ispatlanmaya müsait olmayan araçlarla ulaşmaya çalıştığı her olay girmektedir.<sup>4</sup>

Aşağıda yer alan olay örnekleri –genel görüşe göre- bu kategoriye dâhil edilmektedir:

**Olay 1** (krş. RGSt 33, 321): Sanık, 50 Reichsmark (ç.n.: Alman İmparatorluğu para birimi) ücret karşılığında, bir kadını, şeytanı ortaya çıkarması ve böylece şeytanın kocasını getirmesini sağlamak üzere görevlendirmiştir.

**Olay 2:** Büyü bağımlısı olan E, kocası G tarafından aldatılmıştır. E bunu öğrendiğinde, bir vudu ritüeli ile kocasından intikam almak istemektedir. E, gece yarısı bir dolunayda, G’yi temsil ettiği varsayılan bir vudu bebeğinin kafasını büyük bir iğne ile deler ve bunun G’nin felç olmasına yol açacağına inanır. (Varyant: G, gerçekte 300 km uzaklıkta bir yerde olmasına rağmen iğnenin batırılmasından sonra ölümcül bir felç geçirir.)

**Olay 3:** (Feuerbach’ın örneği, Lehrbuch 10. Aufl. 1828, § 42)<sup>5</sup>: Baveralı B, komşusunun ölmesi için dua etmek üzere bir şapele doğru “hac yolculuğuna” çıkar.

**Olay 4:** A, can düşmanı T’nin yastığının altına, uğursuz olduğuna inandığı bir opal<sup>6</sup> taşı yerleştirir ve bu değerli taşın gece boyunca düzenli

<sup>3</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

<sup>4</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Fischer, § 23 Rn. 9.

<sup>5</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuh, § 22 Rn. 25.

<sup>6</sup> Aslında, 19. yüzyılın sonunda opal taşı kısmen uğursuz etkilerle ilişkilendirilmekteydi. Zehirler arasında afyon neyse, değerli taşlar arasında da opal

olumsuz etkisi sebebiyle T'nin beyin tümörü hastalığına yakalanacağına inanır.

## 2. Gerçek Olmayan Teşebbüsün Karakteristiği ve Ayrımı

Bu tarz olaylara bakıldığında, bunlardan sınırlandırma için kullanılacak bazı özellikler türetilir:

**a)** Her şeyden önce bu olaylarda, hukuken korunan menfaatin objektif inşaat edilebilir şekilde ihlal edilmesi söz konusu değildir.<sup>7</sup> Böylece batıl inanca dayalı teşebbüs, -diğer teşebbüs durumlarında olduğu gibi- tamamlanmış suçtan ayrılır.

Hayal gücüne dayanıldığında ve çabalanan netice üzerine düşünülürken, bu tarz olay kurgularında, objektif olarak atfedilebilir bir neticenin olmaması sebebiyle suçun tamamlanması bakımından cezai sorumluluğun reddedilmesi gerektiği zorunlu olarak ulaşılabilecek sonuç olmaktadır.<sup>8</sup> Bu durumda suç teşkil eden neticenin ortaya çıkması "failin eseri" değil, aksine sihirli güçlerin yahut bir büyüün vb. eseridir.<sup>9</sup>

Olay 2'nin varyantında G gerçekten, doğrudan zamansal bağlantı içinde ölümcül bir felç geçirirse, G'nin ölümü E'nin vudu büyü yoluyla meydana getirdiği tehlike sebebiyle gerçekleşmeyecektir; objektif olarak bakıldığında bu ölümün nedenselliği E'nin sorumluluk alanında olmayacaktır, diğer bir ifadeyle objektif olarak kendisine atfedilemeyecektir.

**b)** Ancak subjektif açıdan bakıldığında, failin davranışı gerçek kişilerin hukuken korunan menfaatlerini ihlal etmeye yönelmektedir. Failin kendi tasavvuruna göre suçun işlenmesinde kullandığı veya yararlandığı araçlar, failin bakış açısından neticeyi gerçekleştirmeye uygundur. Buna karşın objektif olarak bakıldığında, bu araçlar gerçek olmayan, doğüstü alandan gelmektedirler, diğer bir ifadeyle bu araçlar- en azından şu anda hâkim olan bilgi durumuna göre – doğa bilimleri kanunlarının (nedensel) bağlarıyla çelişmektedir.

---

oydu. Eski bir deyişe göre bu taş, her türlü hastalık, geçimsizlik ve talihsizliği getirmek, sevgiyi nefrete dönüştürmek, aile üyelerini, arkadaşları ve sevgilileri bölmek için kötü bir güce sahipti. krş. (<http://www.ruebe-zahl.de/opal.htm>)

<sup>7</sup> Krş. LK-Hillenkamp, Vor. § 22 Rn. 48.

<sup>8</sup> Aynı yönde B. Heinrich, AT, Rn. 679; Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 88.

<sup>9</sup> Krş. B. Heinrich, JURA 1998, 393, 397.

Ne fail tarafından uydurulan “şeytanla anlaşma” (olay 1) ne vudu büyü kullanımı (olay 2) ne de değerli bir taşın uğursuzluk etkisi (olay 4), doğa bilimleri kanunlarının nedensel bağlarıyla örtüşmektedir. Duanın gücü bile (olay 3), birçok insanın inancında bu güce sıkı sıkıya inanılsa da, her türlü bilimsel temellendirmeden uzaktır. Hukuki menfaatlerin ihlaline yol açmak için sözde bir araç olarak dua, -buradaki gibi ceza hukuku sorunları söz konusu olduğunda- sihir ve büyücülük ile aynı kefeye konulmalıdır, elbette bu (dini uygulamasında Tanrı ile iletişimi olan veya - daha ileri formüle edilmiş - aşkın bir güç olan) duanın değersizleştirilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez.

Bu sübjektif yön, gerçek olmayan teşebbüsü, §§ 22, 23'teki anlamda teşebbüsle bağlamaktadır. Suçun işlenmesine yönelen araçların - objektif olarak bakıldığında – neticenin gerçekleşmesine yol açamayacağı gerçeği, başlangıçta suç işleme kararı bakımından önemsizdir, zira - § 22'nin açıkça ifade ettiği gibi (“...fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre...”) - burada önemli olan yalnızca failin tasavvuru ve planlarıdır.<sup>10</sup>

c) Ancak bu son nokta, gerçek olmayan teşebbüsün üçüncü özelliği ile yakından ilgilidir: Tüm bu olaylarda, failin somut durumdaki davranışı, herhangi bir hukuken korunan menfaat bakımından nesnel olarak ölçülebilir bir tehlike oluşturmamaktadır. Ancak bu açıdan batıl inanca dayalı teşebbüs, elverişsiz teşebbüsten farklı değildir.

Elverişsiz teşebbüs, failin suç işleme kararının hiçbir koşulda objektif olarak suçun gerçekleşmesine yol açmaması ile karakterize edilir.<sup>11</sup> Elverişsizlik her halükarda suçun konusunun ya da suçta kullanılan aracın elverişsizliğinden kaynaklanabilir.<sup>12</sup> Örneğin, profesyonel tetikçi görevini yerine getirmek için, uyuduğu varsayılan ancak kısa bir süre önce kalp krizinden ölen kurbanına ateş ederse (suçun konusunun elverişsizliği),<sup>13</sup>

<sup>10</sup> **Lackner/Kühl**, § 22 Rn. 12; **Herzberg/Hoffmann-Holland**, in: MüKo- StGB, § 22 Rn. 48.

<sup>11</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 619; **Schönke/Schröder/Eser**, § 22 Rn. 60.

<sup>12</sup> Suçun failinin elverişsizliğinin gerekli olup olmadığı oldukça tartışmalıdır (suçun failinin memuriyet durumu hakkında hataya düşmesi, bu pozisyonunun olduğunu kabul ederek nüfuz ticareti suçunu işlediğine inanması), konuyla ilgili derinlemesine analiz için bkz. **Valerius**, JA 2010, 113, 115; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457 f.; **Herzberg**, GA 2001, 256, 269 ff.

<sup>13</sup> Krş. **Herzberg**, GA 2001, 257, 264; RGSt 1, 451 (ölü doğmuş bir çocuğu öldürmeye teşebbüs).

elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur. Mevcut olayla ilgili olarak, elverişsiz bir teşebbüs ile elverişsiz bir suç işleme aracının bir araya gelmesi, -örneğin aldatılan eşin, silahın dolu olmadığını bilmeden karısının sevgilisini öldürmek amacıyla ateş etmesi- durumunda söz konusu olur.<sup>14</sup>

Elverişsiz teşebbüs, StGB'deki açık düzenlemeye göre cezalandırılabilir niteliktedir (yasa koyucunun hiçbir şekilde zorlayıcı olmayan bir kararı).<sup>15</sup> Öte yandan, cezalandırılabilirlik, failin fiile ilişkin tasavvurunu temel olarak belirleyen § 22'den kaynaklanmaktadır;<sup>16</sup> bu bağlamda elverişsiz teşebbüsten açıkça bahseden ve yalnızca ağır bilgi ve anlama hatası durumunda cezanın kaldırılmasına veya hafifletilmesine izin veren § 23 III hükmüdür; buradan hareketle elverişsiz teşebbüsün temelde diğer teşebbüsler gibi cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.<sup>17</sup>

**d)** Bir başka özellik de - tüm benzerliklere rağmen - gerçek olmayan teşebbüsü elverişsiz teşebbüsten ayırt etmeyi kolaylaştırır: Her ikisinin de hukuken korunan menfaat bakımından zararsız olduğu doğrudur. Bununla birlikte ortalama bir gözlemci her iki duruma da farklı tepki verecektir; ortalama gözlemci elverişsiz teşebbüs durumunda, failin fiilde ifadesini bulan hukuka karşı düşmanca tutumundan “ürkecek” veya “korkacaktır”; bu davranış, -somut koşullar altında olmasa bile- en azından işin doğası gereği tehlikeli olabilir.<sup>18</sup>

Yukarıdaki boş bir silahla ateş eden eş örneğinde, burada birisinin bir başkasını öldürme niyetiyle bir ateşli silahın tetiğini çektiği ve sadece şanslı bir durum (boş silah) sayesinde burada ölümün meydana gelmediği izlenimi devam etmektedir.

Sihir, büyü ve büyücülükle uğraşan fail açısından ise durum farklıdır. Buna zararsız olduğu için “gülünecektir”.<sup>19</sup>

Objektif bir gözlemci vudu bebeğine iğne batırılmasını izlerse, bu davranışı yalnızca saçma ve anlamsız olarak sınıflandıracaktır - ve bu durum

14 BGH, NJW 1995, 2176 (Bütünüyle yetersiz bir doz miktarıyla zehirlemeye teşebbüs).

15 Eleştiri ve elverişsiz teşebbüsün kısıtlayıcı bir şekilde ele alınması talebi için bkz. **NK-Zaczyk**, § 22 Rn. 37 daha fazla kanıtla.

16 Krş. **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 22 Rn. 63.

17 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 620; **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 142.

18 Krş. **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457.

19 **Valerius**, JA 2010, 113, 116.

hukuken korunan menfaatin ihlalinden tamamen uzaktır, böylece tehlikeli bir davranış izlenimi edinilmeyecektir.

Dolayısıyla, her iki durumda da objektif bir tehlike durumu söz konusu değildir; yalnızca elverişsiz teşebbüs tarafsız ortalama bir gözlemci üzerinde hukuka olan güveni sarsan bir izlenim bırakmaktadır.

e) Ancak, bu durum yalnızca kural olarak geçerlidir - zira makul bir gözlemcinin tamamen zararsız olarak addedeceği elverişsiz teşebbüs durumları da söz konusudur. Burada kastedilen, mahkeme ceza vermektense vazgeçebilse ya da cezada indirim yapabilse bile, § 23 III'teki açık hüküm nedeniyle cezalandırılabilir olarak kabul edilecek olan ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüstür.<sup>20</sup> Bununla birlikte hâlihazırda şu soru sorulabilir veya sorulmalıdır, -tam olarak § 23 III hükmünün aksine- hâkim görüşüne göre tamamen cezalandırılmaz olduğu varsayılan gerçek olmayan teşebbüs ile (ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs) arasındaki fark nedir?

Ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüse baktığımızda: burada fail, ortalama bir insan tarafından da açık bir şekilde fark edilebilen, genel olarak kabul edilen nedensel süreçler hakkında bütünüyle yanlış bir fikre sahiptir.<sup>21</sup> Konuyla ilgili örnekler şu şekildedir:

**Olay 5:** Hamile S hamileliğini sonlandırmak istemektedir. S, karbonat almak suretiyle hedefine ulaşabileceğine inanmaktadır. Maddeyi aldıktan sonra hiçbir şey olmadığında hayal kırıklığına uğrar.

**Olay 6:**<sup>22</sup> N, evinin üzerinde sürekli mevcut olan uçak gürültüsünden rahatsızdır. “Gökyüzünden bir uçak düşürmek” ister, bir sapan satın alır ve uçağa doğru bir taş fırlatır - uçak “şaşırtıcı bir şekilde” etkilenmeden uçmaya devam eder.

5. ve 6. Olayların biraz değiştirilmesiyle, gerçek olmayan teşebbüse büyük bir yakınlık olduğu ortaya çıkmaktadır:

<sup>20</sup> **Herzberg/Hoffmann-Holland**, in: MüKo-StGB, § 23 Rn. 39; **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 369; **Valerius**, JA 2010, 113, 116; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457.

<sup>21</sup> **Fischer**, § 23 Rn. 7; **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 17; BGHSt 41, 94, 95, Buna göre, “hata, yalnızca uzman kişiler bakımından değil, bilakis ortalama hayat tecrübesine sahip herhangi bir kişi için de açık, hatta aşikâr olmalıdır.”

<sup>22</sup> Krş. B. **Heinrich**, AT, I, Rn. 675.

**Olay 5a:** Hamile S hamileliğini sonlandırmak istemektedir. S, Sihirbaz M'den aldığı sihirli tozu kullanarak amacına ulaşabileceğine inanmaktadır.

**Olay 6a:** N, evinin üzerinde sürekli mevcut olan uçak gürültüsünden rahatsızdır. Gökyüzünden bir uçak düşürmek” ister, o anda elindeki eski bir sihirli değnekle üzerindeki uçağa doğru lanet gönderir.

Aslında burada bir ayırım yapmak son derece güçtür. Bu sebeple sınırlandırma doktrindeki bir kısım tarafından bütünüyle reddedilmektedir.<sup>23</sup> Zira her iki durumda da objektif gözlemci bakımından hukuka olan güveni sarsıcı bir etki bırakılmadığından, hukuka olan güveni sarsma derecesi anlamlı bir ayırım ölçütü olamaz.<sup>24</sup> 5/5a ve 6/6a olaylarının karşılaştırılması bunu çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Çoğunlukla ayırım kullanılan araçlarla tespit edilebilir: Kullanılan araçlar en azından soyut olarak doğa yasalarıyla açıklanabilecek bazı sonuçlara neden olabiliyorsa, yani bilinen doğa yasalarına göre en azından potansiyel bir tehlike - tamamen uzak olsa bile - içlerinde mevcutsa, o zaman elverişsiz – icabında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı - bir teşebbüs söz konusudur. Eğer bu elverişlilik ya da bu doğal, makul potansiyel tehlike tamamen eksikse ve suç işlemek için hayal edilen araç sadece failin hayalinde sihirli, doğaüstü etkiler atfedilerek bir suç işleme aracı haline geliyorsa, o zaman bu durumda gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusudur.<sup>25</sup> Bu bağlamda Eser’in seçtiği formülasyon anlaşılabilir bir niteliktedir, buna göre gerçek olmayan teşebbüs durumunda fail “gerçek varlık dünyasına ait olmayan ve dolayısıyla insan etkisinden uzak olan duyular üstü güçlere dayanmaktadır, oysa § 23 III durumunda ise –her ne kadar ağır anlama hatası olsa da- varoluşa ilişkin yasaların yanlış anlaşılması söz konusudur.<sup>26</sup>

Bu güzel ifadelerle rağmen- ayırım noktasında net ölçütler belirlenemekte, iki kurum arasındaki farklılık pratikte pek mümkün görünmemektedir.<sup>27</sup> Buna karşın Roxin bu ayırımın “prensipten açık” olduğunu

<sup>23</sup> Krş. B. **Heinrich**, JURA 1998, 393, 398.

<sup>24</sup> SSW-StGB/**Kudlich/Schuh**r, § 22 Rn. 25.

<sup>25</sup> **Kühl**, AT, § 15 Rn. 94; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 460.

<sup>26</sup> **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 13a.

<sup>27</sup> Krş. **Fischer**, § 23 Rn. 10; **Bloy**, ZStW 113 (2001), 76, 109; **Otto**, AT, § 18 Rn. 60.

ifade etmektedir: papatya çayı ile kürtaj yapabileceğini düşünen bir kimse batıl inançlı değil, bilakis budaladır, bu sebeple bu kimse § 23 III'e göre muamele görmelidir.<sup>28</sup> Bu şekilde sınırda bulunan olaylarda sınır çizme zorlukları, ayırmadan tamamen vazgeçilmesine yol açmamalıdır.<sup>29</sup>

Öyleyse “batıl inançlı” - “budala” karşıt çiftlerinin gerçekten yararlı olup olmadığı, bilimsel bilginin dinamiklerinin, diğer bir ifadeyle –gelecek nesillerin gözüyle bakıldığında- farklı açılardan -saçma- olarak kabul edileceği dikkate alınarak test edilebilir. Tıpkı bugün geçmiş nesillere yapabileceğimiz gibi:

**Olay 7:** 19. Yüzyılın başında C, uranyum içeren küçük taşlara sahip olur. C, bu taşların radyoaktif bir radyasyon yaydığını bilmediği gibi, dönemin doğa bilimcileri tarafından da radyoaktif radyasyon bilinmemekteydi. C'ye Sihirbaz M tarafından onaylanan “muhteşem etkisi” nedeniyle, C düşmanı F'nin yastığının içine taşları dikmek suretiyle yerleştirir. Böylece M'nin verdiği bilgiler ışığında ve C'nin inandığı üzere F'ye hastalık ve erken ölüm gelecektir. Gerçekte ise küçük taşların radyasyon yoğunluğu herhangi bir fiziksel hasara yol açamayacak kadar azdır.

Olay 7, radyoaktif radyasyonun keşfinden önce bilimin geldiği nokta temel alınarak incelenmiş olsaydı, muhtemelen bunun “gerçek olmayan teşebbüs” olduğu sonucuna varılırdı. Zira o zamanki anlayışa göre, uranyum içeren kayanın temasıyla fiziksel hasar arasında herhangi bir bağlantı olduğunu kanıtlayabilecek hiçbir doğa kanunu bulunmamaktaydı. Bugünkü bakış açısıyla değerlendirme elbette farklı olacaktır. Radyoaktif maddelerin sağlık üzerindeki bilinen potansiyel zararlı etkisi göz önüne alındığında, C, “doğüstü güçlere” güvenmeyecek, -Roxin'in sözleriyle - çok düşük radyasyon aşikâr olsaydı, basitçe “budala” olacaktı. Bu da elverişsiz bir teşebbüs nedeniyle temel bir cezalandırılabilirliğe yol açmaktadır; bu durumda C muhtemelen § 23 III uyarınca cezasız kalacak ya da cezasında indirim yapılacaktı. Böylelikle şu durum ortaya çıkmaktadır: Doğüstü ve budalalık kavramları net olarak tanımlanmış kavramlar değildir, daha ziyade görecelidir ve zaman içinde değişebilir.<sup>30</sup>

Dolayısıyla bu değerlendirmeyi güncel örneklere dayalı olarak yapabilmemiz de son derece doğaldır, örneğin,

<sup>28</sup> Roxin, AT II, § 29 Rn. 375.

<sup>29</sup> Roxin, AT II, § 29 Rn. 375.

<sup>30</sup> Krş. Kudlich, JZ 2004, 72, 75 f.

**Olay 8:** H hobi olarak hipnozla ilgilenmektedir. H, nefret ettiği X'in bir diskotekte yapılan hipnoz gösterisinde kendisi için bir denek olarak hazır olmasını sağlar. Akabinde X, kısa süre içinde H'nin bütün komutlarına itaat eder. Daha sonra H kendi iradesine uygun olarak, X'in ciddi fiziksel yaralanmalara maruz kalması için X'i 3 metre yüksekliğindeki bir sahneden atlatmak istediğinde, X üzerindeki gücünü kaybeder, böylece X zarar görmez.

Elverişsiz ve gerçek olmayan bir teşebbüs arasındaki ayrım noktasında, hipnozun şimdiye kadar söylenenlere göre sınıflandırılması gerekir. Bu durum doğa kanunu ile açıklanabilir mi yoksa doğaüstü bir şey midir, bir tür "sihir" midir? Bu cevaplaması kolay bir soru değildir:

Hipnoz sihirle ilişkili midir veya hesap edilebilir mi? Hipnozun büyü (etkili) bir illüzyon mudur - veyahut illüzyon hipnozun tam olarak elle tutulur olduğu fikrinden mi oluşmaktadır?

Konuyla ilgili aşağıda bir psikoterapist tarafından yapılan yorum çok anlamlıdır:

"Bugün hipnozdan anladığımız şey, binlerce yıl öncesine dayanan bir geleneğin aşağı yukarı çağdaş versiyonudur. Telkinle iyileştirme bazen dini olarak yüceltilmiş, bazen de büyücülük olarak şeytanlaştırılmıştır - nadiren de olsa her ikisi aynı anda yapılmıştır. Zaman zaman, sağlık hizmeti veren meşhur kişilerin hipnoz kullanması kanunen yasaklanmıştır. Daha sonra bürokratik işlemler değişmiş ve hipnoz yalnızca resmi olarak tanınan sağlık hizmeti veren kişilere ayrılmıştır. Böylece süreç bir ileri bir geri gitmekte ... ve bugün bile hipnoz, bir yanda ezoterizmin renkli parıltısı ile diğer yanda ampirizmin gri formülleri arasındaki gerilim alanında hareket etmekte, bazen sınır çizmek için çabalamakta, bazen de büyüyle ya da "bilimsel" bir kisveye bürünmektedir."<sup>31</sup>

Olay 7 ve 8, bilimsel bağlantıları incelemenin mevcut duruma bağlı olduğunu ve bilim tarafından sadece kısmen açıklanabilen, belki de sadece (yakın veya uzak) gelecekte açıklanabilecek veya belki de sonsuza kadar sınıflandırılmayacak gri alanlar olduğunu göstermektedir. Bu halde Roxin'in düşündüğü gibi sınır gerçekten "prensipte net" midir?

<sup>31</sup> Werner, **Eberwein**, <http://www.werner-eberwein.de/medien/texte-mainmenu-68/46-hypnosetherapie-zwischen-empirie-und-esoterik.html>.



f) Özetle, gerçek olmayan teşebbüs, failin davranışının ne hukuken korunan bir menfaatin ihlaline ne de hukuken korunan bir menfaate yönelik somut bir tehlikeye neden olmasıyla karakterize edilir. Gerçek olmayan teşebbüs, objektif gözlemci üzerinde hukuka olan güveni sarsacak bir izlenim bile bırakmamaktadır, zira suçun işlenişi genellikle bilinen doğa yasaları temelinde neticeye ulaşmaya uygun değildir. Ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsten ayırt edici bir özellik olarak yalnızca bir anlaşılabilir bir kriter kalmaktadır, yani suçun işlenmesinde kullanılan aracın bilimsel olarak anlaşılabilir herhangi bir potansiyel tehlikeye sahip olup olmadığı ya da sadece doğaüstü ve büyümlü bir alana yerleştirilip yerleştirilemeyeceğidir.

### III. CEZA HUKUKU DOGMATIĞI BAKIMINDAN GERÇEK OLMAYAN TEŞEBBÜS NASIL ELE ALINIR?

#### 1. Cezasızlık (Hâkim Görüş)

Hâkim görüş gerçek olmayan teşebbüsün cezalandırılmayacağı yönündedir. Ancak bu sonuç genellikle ceza hukuku dogmatığı bakımından gerekçe verilmeden veya gerekçe inşa edilmeden önce belirlenir. Aydınlanma ile birlikte, büyücülük, sihir ve benzerlerini cezalandıran suç tipleri kaldırılmıştır.<sup>32</sup> O zamandan beri, batıl bağlantılar genellikle ceza hukukunun koordinat sisteminin dışında kalmıştır. Bununla birlikte, StGB ve suç doktrini temelinde bu istenen sonuca nasıl ulaşılabileceği konusunda görüşler farklılık göstermektedir.

#### a) Neticenin Gerçekleştirilmesi Bakımından Suç İşleme Kararının Olmaması

Gerçek olmayan bir teşebbüsün cezasız kalmasının en yaygın nedeni, neticenin gerçekleştirilmesi noktasında suç işleme kararının olmamasıdır.<sup>33</sup> Sihir, büyü vb. kullanan kişinin suç işleme kastı yoktur. Zira bu durumda fail yalnızca neticenin gerçekleşmesini arzu etmektedir. Ancak bir kimse yalnızca arzu ettiği şeyi gerçekleştirmeyi isteyemez.

Bu gerekçelendirmenin sakince düşünüldüğünde ikna edici olmadığı görülecektir. Vudu büyücüsü, ölümün gerçekleşmesini, kurbanını boğarak

<sup>32</sup> Kudlich, JZ 2004, 72, 77.

<sup>33</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 620; Kretschmer, JR 2004, 444, 445; Kindhäuser, AT, § 30 Rn. 16; LK-Hillenkamp, § 22 Rn. 190; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 460; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

öldürmek isteyen bir katile göre daha mı az istemektedir? Vudu failinin öldürme iradesi ile komşu odadaki düşmanına elektrik vermek için bir düğmeye basan kişinin<sup>34</sup> iradesi farklı kategorilere ayrılabilir mi? Her durumda fail, sübjektif olarak (§ 22'ye göre (failin kendi tasavvuruna göre) önemli olan budur) hukuken korunan menfaatleri ihlal etme kabiliyetine eşit olarak sahiptir.<sup>35</sup> Bu durum, § 23 III'te yer alan ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüse bakıldığında çok net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. StGB bu durumu tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olarak işlenen bir teşebbüs olarak ele alırsa, bu durumda açıkça ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı hareket eden kişinin, davranışı buna uygun olmamasına rağmen, suça ilişkin neticeyi gerçekleştirmek üzere suç işleme kararına sahip olduğunu varsaymaktadır. Ancak bu takdirde batıl inançla hareket eden fail bakımından başka hiçbir şey geçerli olamaz.<sup>36</sup>

### b) Objektif İsnadiyete Yönelik Kastın Eksikliği

Bir kısım tarafından, gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusu olduğunda amaçlanan neticenin objektif olarak isnat edilebilirliği noktasında, kast reddedilmektedir.<sup>37</sup> Fail fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, büyüğü güçlere başvurması izin verilen ve dolayısıyla onaylanmayan bir risk olmadığından, fail hâlihazırda hukuken herhangi bir tehlike oluşturmak istemiştir.

Bir kısım yazar tarafından burada “suçun tamamlanma süreci” kullanılmaktadır: (Yukarıda yer alan Olay 2'nin varyantında) gerçek olmayan teşebbüs bakımından (pek olası olmamakla birlikte) neticenin gerçekleşmesi halinde, fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmaz, zira bu durumda objektif isnadiyet söz konusu değildir. Fail neticenin gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten dolayı da cezalandırılmaz.<sup>38</sup>

Ancak bu görüş de ikna edici değildir. Gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusu olduğunda, bir riskin oluşturulduğunu ve hatta yasal olarak onaylanmayan bir riskin yaratıldığını tamamen inkâr etmek kesinlikle

34 Krş. die Versuchsanordnung beim sog. Milgram-Experiment: [http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram\\_experiment.pdf](http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram_experiment.pdf).

35 Haklı olarak **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373; **Fischer**, § 23 Rn. 10.

36 Benzer şekilde **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373.

37 **Kudlich**, JZ 2004, 72, 77; **Herzberg**, GA 2001, 257, 268 f.

38 **Kudlich**, JZ 2004, 72, 77; **Herzberg**, GA 2001, 257, 268 f.

mantıklıdır. Ancak burada isnadiyet sorunu bütünüyle objektif olarak değil, bilakis failin fiile ilişkin tasavvuru temelinde değerlendirilir (§ 22). Hukuk düzeni tarafından izin verilen bir riskin mevcut olup olmadığı § 23 III'e bakılmadan cevaplanamaz: Burada da hukuk düzeninin, fiil suçun neticesini meydana getirmeye hiç uygun olmasa bile cezalandırılabilir bir teşebbüsü kabul ettiğini görüyoruz. Bu nedenle, gerçek olmayan bir teşebbüs durumunda da, nedensellik ve objektif isnadiyet sorunu bakımından yalnızca failin bakış açısından subjektif tehlikenin meydana getirilmesini temel almak önemli olabilir.<sup>39</sup> Ancak batıl inançlı kişi de izin verilen riski aşmaktadır.

Bunun ötesinde, “suçun tamamlanma süreci” tamamen başarısız olmaktadır: Zira Olay 2'nin varyantındaki durumlarda, suçun tamamlanması noktasında cezai sorumluluğun ortadan kalktığı doğrudur; bu durum teşebbüs bakımından cezai sorumluluk hakkında hiçbir şey söylememektedir. Genel olarak geçerli olan durum şudur: fail suç işlemeye (elverişsiz) teşebbüs eder ve amaçlanan netice tesadüfen gerçekleşirse –bu faile atfedilemez-, ancak bu teşebbüs ceza hukuku bağlamında geçerlidir.

**Örnek:** A, B'yi zehirleyerek öldürmek istemektedir. Bir hata nedeniyle B'nin sabah kahvesine tamamen zararsız bir madde döker. B bunu içtiğinde, A'nın hareketinden bağımsız olarak ölümcül bir kalp krizi geçirir. A, adam öldürme suçunun faili olmamasına rağmen (ölümün sonucu ona atfedilemez), yine de §§ 212 (211), 22, 23 I uyarınca temel olarak cezalandırılabilir elverişsiz teşebbüste bulunmuş olur.

### c) Doğrudan Doğruya İcra Hareketlerine Başlanılmaması

Gerçek olmayan teşebbüsün cezasız kalması, § 22 hükmü anlamında doğrudan doğruya icraya başlanmamış olmasına dayandırılabilir. Maurach/Gössel/Zipf'in kitabında, suçun tipinin gerçekleştirilmesi ile gerçek dışı eylem arasında, gerçek dışı güçlerin gerçek bir etkiye dönüştürülmesi ara adımının halâ gerçekleşmesi gerektiğine işaret edilmektedir.<sup>40</sup> Dolayısıyla, “ölüm duası etmek” gibi batıl bir eylem, § 22 kapsamındaki suç tipini gerçekleştirmek için yeterli değildir. Bu çıkış noktası ilginç olmakla birlikte genelleştirilebilir. Bunun nedeni, failin fiile ilişkin tasavvurunun da doğrudan doğruya icraya başlama için belirleyici olmasıdır (§ 22). Ancak, bu subjektif temelde, failin davranışının suçun gerçekleştirilmesine

<sup>39</sup> Krş. Valerius, JA 2010, 113, 116.

<sup>40</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 41 Rn. 82.

ne kadar yakın olduğu ve objektif bir bakış açısıyla mağdurun hâlihazırda tehlikede olup olmadığı çeşitli objektif kıstaslar temelinde değerlendirilir.<sup>41</sup> Bu noktada - teşebbüsün gerçek dışı olması nedeniyle - böyle bir objektif yakınlığın veya objektif tehlikenin hiç şekilde var olmadığı ileri sürülebilir. Bu ikna edici yaklaşım mantıksal sonuca götürülecek olursa, batıl inanca dayalı teşebbüs teknik anlamda bir “teşebbüs” olmayacak - ve dolayısıyla cezasız kalacaktır.

Fakat bu argümanın § 23 III bağlamında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs bakımından da geçerli olması gerekir. Zira bu teşebbüs şekli de aynı zamanda tamamen zararsız olmasıyla karakterize edilir, diğer bir ifadeyle mağdur bakımından hiçbir zaman objektif bir tehlike yoktur ve bu nedenle suç tipi gerçekleştirilinceye kadar birçok adımın atılması gerekir. Hâlbuki kanun koyucu, § 23 III aracılığıyla, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul ettiğini ifade etmiştir. Öyleyse batıl inanca dayalı teşebbüs konusunda başkaca hiçbir şey nihai olarak geçerli olamaz. Aksi takdirde, değer çelişkileri kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır.

#### d) Hukuka Olan Güveni Sarsıcı Etkinin Olmaması

Son olarak, belirli bir suç düzeyini belirlemeden, herhangi bir batıl inanca dayalı teşebbüsün hukuka olan güveni sarsıcı etkisinin olmamasına başvurulmaktadır.<sup>42</sup> Bu sebeple ilgili davranış cezaya tabi olmamakta ve cezayı gerektirmemektedir. Bu yaklaşım doğru olsa bile, § 23 III hükmü ile çelişki devam edecektir, zira - görüldüğü üzere – ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün de genellikle hukuka olan güveni sarsıcı bir etkisi yoktur.

Böylelikle bilhassa § 23 III’teki yasal düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda yer verilen olası çözümlerin hiçbirinin tamamen ikna edici olmadığı ortaya çıkmaktadır.

<sup>41</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 601; Teşebbüs başlangıcı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Geppert**, JK 10/06, StGB § 22/24.

<sup>42</sup> **Schönke/Schröder/Eser**, § 22 Rn. 65; **Kühl**, AT, § 15 Rn. 93; **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373; benzer şekilde **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9.

## 2. Temel Olarak Cezalandırılabilirlik (Yalnızca Cezadan Vazgeçme veya Cezada İndirim Yoluyla)

Bu anlayış dikkatimizi, gerçek olmayan teşebbüsün genel olarak cezasızlığı “dogmasını” terk eden karşıt anlayışlara yöneltilmektedir. Bu anlayışa göre özellikle, gerçek olmayan teşebbüsü, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsle aynı seviyeye koyma ve § 23 III hükmüne göre ele alma yaklaşımı vardır.<sup>43</sup> Bu çözüm her şeyden önce, gerçek olmayan teşebbüs ve ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs arasında -pek de mümkün olmayan- bir ayırım yapma zorunluluğunun ortadan kalkması gibi bir albeniye sahiptir. Kanunun lafzı, her halükarda gerçek olmayan teşebbüsün dâhil edilmesine izin vermektedir, zira sihir ve büyülerle karakterize edilen suç araçlarının “suçun tamamlanmasına hiçbir şekilde yol açamayacak” bir araç olarak anlaşılabilirliğini söylemeye gerek yoktur.<sup>44</sup> Bir kısım yazar tarafından, batıl inanca dayalı teşebbüsün, göçmenlerin veya benzerlerinin bakış açısını da içeriyorsa, hukuk düzenini sarsıcı bir izlenim bırakmak için oldukça uygun olabileceğine de işaret edilmektedir.<sup>45</sup> Elbette bu çözüm 1. başlık altında bahsedilen yaklaşımlardan oldukça farklıdır: Zira gerçek olmayan teşebbüs § 23 III kapsamına giriyorsa, bu bir suç teşkil eder; her halükarda fail (elverişsiz) teşebbüsten kusurlu bulunabilir ki karşıt görüşe göre tam da kaçınılması gereken budur. Bu durumda yalnızca cezanın belirlenmesi bakımından § 23 III’ün lehte olan hükmü geçerlidir, zira § 49 II uyarınca cezadan vazgeçilebilir veya ceza indirim yapılabilir. Kimilerine göre gerçek olmayan bir teşebbüs durumunda cezalandırmadan her zaman kaçınılmalıdır, çünkü bu konuda hâkimin takdir yetkisi sınırlıdır.<sup>46</sup>

43 Krş. **Valerius**, JA 2010, 113, 116; **Fischer**, § 23 Rn. 10; **Otto**, AT, § 18 Rn. 63; **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 143. 1962 tarihli Ceza Kanunu Taslağında da gerekçelendirme bu anlamdadır: Bir teşebbüs bütünüyle elverişsiz olabilir ve hatta akılsızca veya batıl inanca dayalı olabilir... Bununla beraber yine de önemli bir suç işleme iradesini barındırabilir.

44 **Valerius**, JA 2010, 113, 116; açık (fakat gerekçesiz) başka bir görüş **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9, bu görüşe göre § 23 III hükmü batıl inanca dayalı teşebbüsü kapsamamaktadır; LK- **Hillenkamp**, § 22 Rn. 189, bu görüşe göre, gerçek olmayan teşebbüs durumlarında, fail § 23 III bağlamında bir suç işleme aracını yanlış değerlendirmemekte, yalnızca hayal etmektedir.

45 Benzer şekilde, **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 143.

46 Benzer şekilde, **Otto**, AT, § 18 Rn. 60; B. **Heinrich**, JURA 1998, 393, 398.

### 3. Değerlendirme

#### a) Temel Cezai Sorumluluk ile § 23 III Hükümü Uyarınca Ağır Bilgi ve Anlama Hatasına Dayalı Teşebbüs Denklemi

Daha önceki açıklamalardan, suç işleme kararı veya doğrudan doğruya icraya başlama veyahut genel değerlendirmelerden genel bir cezasızlık elde etmeye çalışan yaklaşımların, § 23 III'ün düzenlemesiyle çeliştikleri için en sonunda başarısız oldukları hâlihazırda açık bir şekilde ortaya çıkmıştır. II.2. e başlığında ifade edildiği üzere, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs ile batıl inanca dayalı teşebbüs arasında bir sınır çizmenin her halükarda güç olduğu ve sınır durumlarında ise neredeyse hiç mümkün olmadığı da eklenirse, batıl inanca dayalı teşebbüsün § 23 III kapsamında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs olarak kabul edilmesi görüşü lehine çok şey ifade edilebilir.<sup>47</sup>

#### b) Düzeltici Bir Unsur Olarak Teşebbüsün Cezai Sorumluluğunun Esası

Ancak bu durum çözümden hala uzak bir aşamadır. Pozitif hukuk temelinde bütün “dogmatik oyunlardan” sonra, gerçek olmayan bir teşebbüsün § 23 III kapsamında bir suç olarak ele alınmasının sistematik olarak tutarlı ve sonuçta doğru olup olamayacağı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu sebeple teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin esasına bakılması gerekir. O halde gerçek olmayan bir teşebbüsü suç olarak değerlendirmek teşebbüsün cezalandırılma nedeni ile uyumlu mudur?

<sup>47</sup> Birazdan daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, gerçek olmayan ve ağır bilgi anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezalandırılabilirliği, genel olarak teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin hukuki nedeniyle uyumlu olmadığından, mahkeme her halükarda lex lata temelinde (pozitif hukuk) ve § 23 III hükmünün anayasaya uygun yorumunda (Ölçülülük) – Otto'nun görüşü çerçevesinde (yukarıya bakınız) – mahkeme her durumda cezalandırmaktan kaçınmakla yükümlü olmalıdır. Nihayetinde ceza vermektен vazgeçme kuralı olarak kanunda yer almıştır, zira bu hukuki neticenin § 23 III'teki sistematik konumu alışıl gelmiş anlayıştan sapmaktadır. (krş. §§ 113 IV, 129 VI, 157 II, 158 I, 236 V, 306 e I), krş. **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 18. Bu sebeple § 23 III hükmündeki bu takdiri kural, zorunlu bir cezada indirim kuralı olarak sınıflandırılmıştır; bkz. **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 370; **NK-Zaczyk**, § 23 Rn. 21; **Valerius**, JA 2010, 113, 116.

**aa)** Objektif teşebbüs teorisi,<sup>48</sup> teşebbüsün cezalandırılma nedenini hukuken korunan menfaatlerin objektif olarak tehlikeye atılmasına dayandırmaktadır. Fakat gerçek olmayan güçlerin yardımıyla hukuken korunan menfaatler hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği için gerçek olmayan teşebbüs bakımından cezai sorumluluk bu yaklaşım temelinde haklı gösterilemeyecektir.<sup>49</sup>

**bb)** Öte yandan bu objektif yaklaşım da kanunla uyumlu değildir. Zira bu durumda tam olarak hukuken korunan menfaatler bakımından tehlikenin yokluğu ile nitelenen elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılmaması gerekir.<sup>50</sup> Bu görüşler subjektif teşebbüs teorisine dönmektedir.<sup>51</sup> Bu teoriye göre, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, hukuka düşman bir düşüncenin faaliyetinde ve dolayısıyla failin bir suçu gerçekleştirme iradesinde bulunmalıdır. Batıl inançlara dayanan fail, gerçek olmayan araçların yardımıyla suçu neticeye ulaştırabileceğine kesin olarak inanırsa, bu takdirde hukuka düşman bir tutum sergilemiş ve bu görüşe göre teşebbüsün cezalandırılmasının temeli olan nedeni yerine getirmiş olur.<sup>52</sup> Fakat bu yaklaşım, salt düşünceleri cezalandırma (“düşünce ceza hukuku”) tehdidinde bulunmakta ve ayrıca § 22 hükmünün teşebbüsün cezalandırılabilirliğini neden “doğrudan doğruya icra” objektif ölçütüne bağlı kıldığını açıklayamamaktadır.<sup>53</sup>

**cc)** Hakim görüş haklı olarak subjektif ve objektif unsurları birleştirmiştir. “Etki teorisi” olarak adlandırılan teori, § 22. maddede yer alan teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin subjektif başlangıç noktasına “hukuki barışı bozma” objektif şartını eklemektedir.<sup>54</sup> Yalnızca bu görüş yasa organının (§ 23 III hükmünden çıkarılacak) “düşünce ceza hukuku”

48 **Spendel**, NJW 1965, 1881, 1888; **Dicke**, JuS 1968, 157 ff.

49 **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22 Rn. 48.

50 **Schönke/Schröder/Eser**, Vor. § 22 Rn. 20; B. **Heinrich**, AT, Rn. 635.

51 BGHSt. 1, 13, 16; **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22 Rn. 60 ff.; **Frister**, AT, Kap. 23 Rn. 3 f.

52 Başkaca bir yorum **LK-Hillenkamp**, § 22 Rn. 190.

53 **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 44; B. **Heinrich**, AT, Rn. 634; **Jescheck/Weigend**, AT, S. 514.

54 BGHSt 11, 324, 328; **Schönke/Schröder/Eser**, Vor. § 22 Rn. 22; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 594.

suçlamasına maruz kalmadan elverişsiz teşebbüsü de cezalandırma kararını haklı çıkarabilir.

### c) Gerçek Olmayan Teşebbüsün Cezalandırılmasının Genel Olarak Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeniyle Uyumu

Bu sebeple nihai soru, gerçek olmayan bir teşebbüsün § 23 III hükmü anlamında ağır bilgi ve anlama hatası olarak değerlendirilmesine ilişkin yukarıda ortaya konan sonucun, bu şekilde tanımlanan teşebbüsün cezalandırma temeliyle tutarlı olup olmadığıdır. Etki teorisi temelinde teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin en başından itibaren haklı gösterilemeyeceği sonucuna çabucak ulaşılabilecektir. Sihirli güçlere dayanan, büyü ile amel eden, doğüstü güçlerle anlaşılan failer, -toplum değerlerine yönelik<sup>55</sup> objektif olarak bakıldığında, hukuki barışı hiçbir şekilde sarsmamaktadırlar.<sup>56</sup> Makul üçüncü bir kimse, failin bu budalalığı ve saflığı karşısında eğlenecek, hukuki barış sarsılmayacak, ceza hukukunun bu tarz olaylarla ilgilenmemesi (hâlihazırda suç tipi olarak düzenlenmemesi) noktasında adalet ve hakkaniyet duygusu zedelenmeyecektir. Bu gerçekten de hâkim görüşün savunduğu sonuca yol açacaktır, buna göre gerçek olmayan teşebbüsün ceza hukuku kapsamında bir önemi olmayacak, dolayısıyla hangi dogmatik yapıda olursa olsun genel bir cezasızlığa ulaşılması gerekecektir. Ancak ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs, açık hüküm nedeniyle suç olarak kabul edilecektir (örneğin, yardım eden kimse veya azmettiren de suçla bağlantılı olarak katılım gösterebilir).

Şimdiye kadar bulunan sonuçlar tatmin edici olmamaktadır. Bilakis ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün genel olarak etki teorisinin koşullarıyla çeliştiği gerçeği de göz ardı edilecektir, diğer bir ifadeyle failin yanlış değerlendirdiği nedensellik bağlantıları o kadar uzaktır ki - uygulamada her zaman olduğu gibi - objektif gözlemci bakımından bu durumda da hukuka olan güven sarsılmamaktadır. Böylece şu durum açığa çıkar: Gerçek olmayan teşebbüsteki problem nihai olarak gerçek olmayan teşebbüs problemi değil, bilakis §23 III'te teşebbüsün cezalandırılma nedeniyle uyumlu olmayan, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün yanlış düzenlenmesidir. Yani gerçek olmayan teşebbüsü ve ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsü eşit olarak ele almak oldukça doğru ve

<sup>55</sup> Burada yalnızca tek tip bir ölçüt uygulanabilir, bu sebeple göçmenlere (bkz. dipnot 45) veya olağandışı dini veya felsefi inançlara sahip kişilere odaklanılmasının hiçbir yeri olamaz.

<sup>56</sup> Valerius, JA 2010, 113, 116; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457.



inandırıcı olup; bu nedenle, lex lata (pozitif hukuk) temelinde, yalnızca gerçek olmayan teşebbüsün § 23 III kapsamına alınması ikna edicidir. Fakat de lege ferenda (olması gereken hukuk) bağlamında hem ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs hem de gerçek olmayan teşebbüs bütünüyle cezasız kalmalıdır, çünkü her iki kurum da ne cezaya layık ne de cezayı gerektirmektedir.<sup>57</sup> Bu noktada kanun koyucuya, § 15 III'e göre öStGB (Avusturya Ceza Kanunu), ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezasız kalmasını ifade ettiği Avusturya hukuku rehberlik etmelidir.<sup>58</sup>

**§ 15 III öStGB:** Fiilin icrasına başlanıldığında, hareketin işleme tarzı veya suçun konusu dolayısıyla suçun tamamlanması hiçbir şekilde mümkün değilse, bu halde bu fiile teşebbüs edilmesi veya buna yönelik iştirak cezalandırılmayacaktır.

---

<sup>57</sup> Ayrıca krş. Roxin, AT II, § 29 Rn. 368: “Ağır bilgi ve anlama hatası” olayları temelde herhangi bir cezayı gerektirmez.

<sup>58</sup> Benzer başka bir düzenleme, örneğin, Peru Ceza Kanunu 17. Madde: “Suçun işlenmesinde kullanılan araçların mutlak etkisizliği veya suçun konusunun mutlak elverişsizliği nedeniyle suçun tamamlanması imkansız olduğunda, bu fiile ilişkin teşebbüs cezalandırılmaz (Tentativa impune: No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.)

**KAYNAKÇA**

- Beckemper**, Katharina. in: Bernd von **Heintschel-Heinegg**. Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- Bloy**, Rene. “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs”. ZStW 113 (2001).
- Dicke**, Detlev. “Zur Problematik des Untauglichen Versuchs”. JuS 1968, 157-161.
- Eser**, Albin. in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar. 28. Auflage, 2010.
- Fischer**, Thomas. Strafgesetzbuch mit Nebengesetze. 60. Auflage, C. H. Beck, München 2013.
- Frister**, Helmut. Strafrecht Allgemeiner Teil. 6. Auflage, München 2013.
- Gepfert**, Klaus. “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”. Juristische Ausbildung, 1995, 103-107.
- Heinrich**, Bernd. Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch. JURA 1998, 393, 397.
- Heinrich**, Bernd. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Stuttgart 2013.
- Herzberg**, Rolf Dietrich. “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”. Goldammer’s Archiv für Strafrecht. 2001, 257-272.
- Herzberg**, Rolf Dietrich/**Hoffmann-Holland**, Klaus. in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- Hilgendorf**, Eric. Strafrecht und Interkulturalität. Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik. JZ 2009, S. 139 – 144.
- Hillenkamp**, Thomas. in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar. 12. Auflage, Erster Band, Berlin 2007.
- Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas. Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kudlich**, Hans. “Katzenkönig & Co. – Übersinnliches vor den Strafgerichten”. JZ 2004, s. 72-79.
- Kudlich**, Hans/**Schuhr**, Jan. C in: **Satzger**, Helmut/**Schluckebier**, Wilhelm/**Widmaier**, Günter. StGB Strafgesetzbuch: Kommentar. 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2013.

**Kühl**, Kristian. Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. Auflage, Vahlen, München 2012.

**Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian. StGB Kommentar. 25. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2004.

**Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz. Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, 7. Auflage, C.F.Müller, 1989.

**Otto**, Harro. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Auflage, Berlin 2005.

**Rengier**, Rudolf. Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Auflage, C. H. Beck, München 2012.

**Seier**, Jürgen/**Gaude**, Désirée. Untaugliche, grob unverständige und abergläubische Versuche. JuS 1999, 456-459.

**Spandel**, Günter. "Kritik der subjektiven Versuchstheorie". NJW 1965, 1881, 1888.

**Valerius**, Brian. "Untauglicher Versuch und Wahndelikt". JA, 2, 2010, S. 113-116.

**Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut. Strafrecht Allgemeiner Teil. 43. Auflage, Heidelberg 2013.

**Zaczyk**, Rainer: in: **Kindhäuser**, Urs/**Neumann**, Ulrich/**Paeffgen**, Hans-Ulrich. Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar. 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013.

### **İnternet Kaynakları**

[http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram\\_experiment.pdf](http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram_experiment.pdf).

<http://www.werner-eberwein.de/medien/texte-mainmenu-68/46-hypno-getherapie-zwischen-empirie-und-esoterik.html>.

<http://www.ruebe-zahl.de/opal.htm>



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

**Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın  
Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği**

**The Legal Nature of Exceeding of Limit in Reasons Excluding  
Criminal Responsibility**

  **Arş. Gör. Hasan İBA\***

**ÖZET**

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur”.

Öğretideki bir görüşe göre, düzenlemede geçen *kast* ve *taksir* kavramları, cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgili kavramlardır. Bu yüzden, ilgili düzenlemeyi haksızlığı etkileyen bir neden olarak kabul etmek gerekir. Karşı görüşe göre ise ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması kusuru etkiler.

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 10.07.2022 | **Kabul/Accepted:** 09.09.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Hasan İba, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (619-671).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Yargıtay ise bazı kararlarında, sınırım aşılmasını kusuru etkileyen bir neden olarak, bazı kararlarında ise haksızlığı etkileyen bir neden olarak kabul etmektedir.

İlk görüş kabul edilirse TCK m. 27/1'in kapsamı yalnızca hukuka uygunluk nedenlerini içerecek şekilde daralmakta; ikinci görüş kabul edilirse TCK m. 27/1'in kapsamı niteliği icabı sınırım aşılmasına konu olabilecek cebir ve zorunluluk hali gibi kusuru etkileyen nedenleri de içerecek şekilde genişlemektedir.

Bu çalışmada bahse konu tartışma üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hata, Kast, Meşru Savunmada Sınırım Aşılması, Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırım Aşılması, Kusuru Etkileyen Nedenlerde Sınırım Aşılması.

## ABSTRACT

Exceeding the border of reasons excluding the criminal responsibility is regulated in the article 27/1 of the Turkish Penal Code No. 5237. According to this article, "when the limit of reasons excluding criminal responsibility is exceeded without intent, if the act is penalized even when it was committed negligently, the penalty written in the code for negligent offense is reduced from one sixth to one third".

According to the dominant view in the doctrine, the concepts of intent and negligence are related to the wrongful nature of the act. Therefore, it is necessary to understand the article 27/1 as limited to justificatory reasons. According to the other view the excess of the border affects the blameworthiness. The Court of Cassation, on the other hand, in some of its decisions, defines the excess of the border as a reason affecting the blameworthiness, and in some of its decisions, as a reason affecting the wrongfulness.

If the first opinion is accepted, the scope of the article 27/1 narrows down to include only justificatory defences; If the second opinion is accepted, the scope of the article 27/1 expands to include excuses, such as coercion and necessity, which may be subject to the excess of border.

This study will focus on the discussion in question.

**Keywords:** Mistake, Intention, Excessive Self Defence, Exceeding of Limit in Justified Defences, Exceeding of Limit in Excuses.

## GİRİŞ

Cezalandırılabilir fiilin; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere üç unsuru vardır. Fiilin kanundaki soyut tipe uygun olması, suçla korunan hukuki değer ihlal edildiği anlamına gelir. Ancak hukuki değer ihlali tek başına cezalandırma için yeterli değildir. Fiil tipik olsa bile somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa veya tipik fiil hukuka aykırı olsa bile fail kusurlu değilse fail hakkında bir cezaya hükmedilemez. Dolayısıyla kusurluluğu engelleyen nedenlerle hukuka uygunluk nedenlerinin ortak noktası, tipik fiile rağmen cezasızlık sonucu doğurmalarıdır. Bu

özellikleri dolayısıyla kanun koyucu *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* başlıklı bölümün altında hukuka uygunluk nedenlerini ve kusuru etkileyen nedenleri bir arada düzenlemiştir.

Hukuka uygunluk nedenleri, cezalandırılabilir fiilin haksızlık, kusuru etkileyen nedenler ise kusur unsuru ile ilgilidir. Fiilin haksız olmaması ile fiilin haksızlığına rağmen failin kusursuz olması durumları arasında, suça iştirak, fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedip edilemeyeceği ve bu fiile karşı direnmenin meşru savunma kapsamında olup olmayacağı konuları başta olmak üzere çok önemli farklılıklar vardır. Bu yüzden nitelikleri itibarıyla aralarında esaslı farklılıklar olan hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenlerin bir tasnif yapılmadan ortak başlık altında düzenlenmesi öğretide eleştirilmektedir.<sup>1</sup> Bu eleştiriye 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) yanıt vermektedir. 5271 sayılı Kanunun hüküm türlerini düzenleyen 223. maddesi, 5237 sayılı Kanunun ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı bölümünde yer verilen kurumlardan hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu sorusuna yanıt vermektedir. CMK m. 223/2-d'ye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fail hakkında beraat hükmü verilir. CMK m. 223/3-d'ye göre, kusurluluğu engelleyen nedenlerin varlığı halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. CMK m. 223/3'te kusuru etkileyen nedenler tek tek sayılmıştır. Cebir ve zorunluluk halinin hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte CMK m. 223/3-b'ye göre, cebir ve zorunluluk hali kusuru etkileyen nedenlerdir. CMK m. 223'te hukuka uygunluk nedenlerinin neler olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Ancak düzenlemede kusuru etkileyen nedenler açıkça belirtildiği için 5237 sayılı Kanunun "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" başlıklı bölümünde yer verilen

---

<sup>1</sup> Öğretide bir görüşe göre, bölüm başlığı hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak nitelikte değildir. Başlıkta geçen "ceza sorumluluğunu kaldıran" ibaresi, haksızlığın mevcut olduğu ve dolayısıyla cezalandırmanın koşullarının oluştuğu bununla birlikte belli bir nedenden ötürü failin cezalandırılmadığı manasına gelmektedir. Oysa hukuka uygunluk nedenleri fiilin haksızlık niteliği kazanmasına engel olduğundan failin fiili hukuka uygundur. Hukuka uygun bir fiilin cezai sorumluluğa konu olması mümkün olmadığından, hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler olmayıp, bilakis ceza sorumluluğunun doğmasına mani olan nedenlerdir. Zeki **Hafızoğulları**/Muharrem **Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara 2021, s. 213; Veli **Özer Özbek**/Koray **Doğan**/Pınar **Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 281.

meşru savunma, rıza, hakkın icrası ve görevin ifası (kanun hükmünü yerine getirme) kurumlarının, hukuka uygunluk nedenleri olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun kullandığı terminolojinin asıl problemleri yanı, TCK m. 30/3 ve TCK m. 27/1'deki düzenlemelerdir. Öğretide kusuru etkileyen nedenlerde hatanın yine cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunu etkilediği konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu hata öğretisinin en tartışmalı konusudur. TCK m. 30/3'te ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata konusu düzenlenmiş ve böyle bir hatanın varlığı halinde hata kaçınılmazsa failin hatasından yararlanacağı belirtilmiştir. İlgili düzenlemede *ceza sorumluluğunu kaldıran* ifadesinin kullanılması ve bu ifadenin hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusuru etkileyen nedenleri kapsamaması, TCK m. 30/3'teki düzenlemenin öngördüğü hukuki sonucun mahiyetini tartışmalı hale getirmektedir.

Benzer belirsizlik TCK m. 27/1 için de geçerlidir. TCK m. 27/1, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasını düzenlemektedir. Bir görüşe göre TCK m. 27/1, kusuru etkileyen bir nedendir.<sup>2</sup> Karşı görüşe göre ise TCK m. 27/1, haksızlığı etkileyen bir nedendir.<sup>3</sup>

İki görüşten birini tercih etmek, TCK m. 27/1'in kapsamını belirlemektedir. Sınırın aşılması kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse TCK m. 27/1, kusuru etkileyen cebir ve zorunluluk hali gibi niteliği gereği sınırın aşılmasının söz konusu olabileceği nedenleri de kapsar; zira düzenlemede *ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler* ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade kusuru etkileyen nedenleri de kapsamaktadır. Sınırın aşılmasının

2 Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 461; Elif **Bekar**, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 41; Adem **Sözüer**, "Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, 2006, s. 232; Ali Emrah **Bozbayındır**, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S. 18, 2012, s. 120.

Kastı kusurluluk içerisinde konumlandığı için ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının kusuru etkilediğini ileri süren görüş için bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 238-239; Nevzat **Toroslu**/Haluk **Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 198; Timur **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 360.

3 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 393-394; Mahmut **Koca**/İlhan **Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 307; Berrin **Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 474; Mehmet Emin **Artuk**/Ahmet **Gökçen**/Mehmet Emin **Alşahin**/Kerim **Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 500.

haksızlığı etkilediği kabul edilirse TCK m. 27/1'in kapsamı hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı olmaktadır.

Bu çalışmada bahse konu tartışma üzerinde durulacaktır. Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması hakkında genel bilgi verilecektir. İkinci bölümde, TCK m. 27/1'deki düzenlemenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır.

Kanaatimizce, cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılması cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunu değil, kusur unsurunu etkiler. TCK m.27/1'deki düzenlemede yer verilen *kast* kelimesi, TCK m.21'de düzenlenen ve suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki *kasta* değil, kastın günlük dildeki "bilerek, farkında olarak" anlamına karşılık gelmektedir. Düzenlemede *taksirden* söz edilmesinin nedeni ise sınırın aşılmasında failin kusurunun bulunması halinde fiilin taksirli bir haksızlığa yol açtığını belirtmek değil, sınırın bilerek aşılmadığı durumlarda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır.

Görüşümüzün kanuni dayanakları, TCK m. 21; m. 27/1; 2 ve m. 30/3; 4'te yer verilen düzenlemeler iken; teorik dayanağı, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olmasıdır. Çalışmanın üçüncü bölümünde görüşümüz ve gerekçeleri ayrıntılı olarak ortaya konulacaktır.

## **I. GENEL OLARAK CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN NEDENLERDE SINIRIN AŞILMASI**

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırdan kast edilen orantıdır. Zorunlu olarak birbiri ile kıyaslanabilen iki değer varlığını gerektiren orantı kavramı bütün hukuka uygunluk nedenlerinde var olan bir unsurdur. Orantının bütün hukuka uygunluk nedenlerinde ortak bir unsur olmasının nedeni hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin bir yandan bir hukuki değeri ihlal ederken diğer yandan başka bir hukuki değeri korumasıdır. Kanun koyucunun ceza normuna hukuka uygunluk nedenleri ile istisna getirmesinin nedeni de budur. Ceza normlarının istisnasız uygulanması durumunda daha büyük ihlallere yol açmamak için kanun koyucu tipik fiile izin vermektedir. Örneğin, hürriyetten yoksun bırakma suçunun istisnası olmasaydı, suçlular yargılanamaz, cezaları infaz edilemezdi ya da insan öldürme suçunun istisnası olmasaydı bir terör saldırısı karşısında dahi sal-



dırgana müdahale edilemezdi. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin koruduğu hukuki değer ihlal ettiğinden daha önemli olduğu için kanun koyucu ceza normunu ihlal eden fiile izin vermektedir.<sup>4</sup>

Fiilin hukuka uygun olabilmesi için ihlal edilen hukuki değerle korunan hukuki değer arasındaki orantı aşılmamalıdır. Fail bu sınırı aştığı anda davranışı hukuka uygun olmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin herhangi bir unsurunda eksiklik olduğu zaman fiil hukuka uygun değildir. Bu bakımdan sınırın aşılması (orantı unsurundaki eksiklik) ile diğer unsurlardaki eksiklik arasında bir farklılık yoktur. Ancak sınır aşıldığı için hukuka uygun olmayan fiil ile diğer unsurlarda bir eksiklik olduğu için hukuka uygun olmayan fiil arasında değer farkı vardır; sınırın aşılmasında esasen faile ceza normunu ihlal etme izni veren koşullar gerçekleşmiş fakat failin fiili iznin çerçevesinin dışına taşıdığı için fiil hukuka aykırı olmuştur.<sup>5</sup> Aynı değerlendirme ko-

4 Alan **Brudner**, *Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice*, Oxford University Press, New York 2009, s. 193; Paul H. **Robinson**, “A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability”, *Ucla Law Review*, Vol. 23, No. 2, 1975, s. 273.

Bütün hukuka uygunluk nedenlerinin tek bir ilke ile ortaya konulamayacağı görüşü hakkında bkz. Zeynel Temel **Kangal**, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 196 vd. Yazar, hukuka uygunluk nedenlerinin dört ilkeye (mağdurun fiilin ortaya çıkmasındaki sorumluluğu; mağdur tarafından yararların tanımlanması, üstün olan yararın korunması, eşit değerdeki yararlardan birisini tercih) dayanılarak açıklanabileceğini ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, rıza da dâhil olmak üzere bütün hukuka uygunluk nedenlerinin ortak noktası, korunan hukuki değer ihlal edilenden üstün olmasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen norm kategorisi izin normlarıdır. Tıpkı ceza normları gibi hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları da birtakım hukuki değerleri korumak için vazedilirler. Ceza normunun tipine uyan fiile hukuk düzeninin izin vermesinin kanaatimizce tek nedeni olabilir; o da bu fiilin bir yandan ceza normuyla korunan hukuki değeri ihlal ederken öte yandan daha üstün bir yararı da korumasıdır; zira fiil ceza normunun ve izin normunun tipine uyuyorsa ceza normuyla korunan hukuki değer ile izin normuyla korunan hukuki değer arasında çatışma var demektir; izin normunun bu çatışmadan galip çıkmasının kanaatimizce tek makul nedeni olabilir; o da izin normuyla korunan değer daha üstün olmasıdır. Aynı yönde bkz. Neslihan **Göktürk**, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 438-349; Hukuka uygunluk nedeni olan rızayı, menfaatler çatışmasından hareketle izah eden görüş ve eleştirisi için bkz. Meral **Ekici Şahin**, *Ceza Hukukunda Rıza*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 44 vd.

5 **Özgenç**, s. 494; Aykut **Ersan**, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 65;

runan ve ihlal edilen hukuki değer ilişkisinin söz konusu olduğu zorunluluk hali ve cebir gibi ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler için de yapılabilir. Hem zorunluluk halinde hem de cebirde de fail tehlike altındaki bir hukuki değeri koruma amacıyla hareket etmektedir. Zorunluluk hali ve cebirde de orantı vardır ve bu orantı aşıldığı anda fail kusurlu olmaktadır. Zorunluluk hali ve cebirde sınırın aşılmasında potansiyel olarak kusuru kaldıran bir neden vardır; zorunluluk hali ve cebirin diğer unsurlarında eksiklik halinde ise potansiyel olarak dahi ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden yoktur.

Sınırın aşılması ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hatanın görünüş şekillerinden birisidir; çünkü bilmeme varsa hata vardır; fail sınırı aştığını bilmiyorsa, hata halindedir. Sınırın aşılmasında fail sınırı aştığını biliyorsa, ilgili suç tipinden sorumlu olur. Fail hakkında TCK m. 27'nin uygulanmasının koşulu, sınırın aşıldığının bilinmemesi başka bir deyişle failin hataya düşmüş olmasıdır.

Fail sınırı olgusal gerçeklikte ya da hukuki gerçeklikte hataya düştüğü için aşabilir. Örneğin takvimde hata yaptığı için gözaltı süresini aşmada hata olgusal gerçekliğe ilişkindir; gözaltına ilişkin yasal süre bilinmediği için sınır aşıyorsa hata hukuki gerçekliğe ilişkindir. Hukuka uygunluk nedenleri özelinde ifade etmek gerekirse; olgusal gerçeklikte hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan (TCK m. 30/3); hukuki gerçeklikte hatada ise haksızlık hatasından söz edilir (TCK m. 30/4). TCK m. 27/1'deki düzenleme olmasa, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırı maddi gerçeklikte hataya düştüğü için aşılmışsa fail hakkında TCK m. 30/3'teki düzenlemenin, sınır hukuki gerçeklikte hata dolayısıyla aşılmışsa TCK m. 30/4'teki düzenlemenin uygulanması gerekirdi. Kanun koyucunun TCK m. 27'de özel bir düzenlemeye yer vermesinin nedeni aslında bu tür durumlarda ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedenin koşullarının gerçekleşmesi ancak fiilin cezasızlık öngören bu nedenin dışına taşmasıdır. Sınırın aşılmasında cezayı kaldıran bir neden aktüel olarak değil, potansiyel olarak vardır. TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4'te ise cezasızlık sonucu doğuran neden potansiyel olarak dahi yoktur. Bu yüzden kanun koyucu TCK m. 27'de TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4' e nazaran daha lehe bir düzenleme yapmıştır.

---

Bahri **Öztürk**/Mustafa Ruhan **Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 303; Mehmet **Şahin**, "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, s. 325.

TCK m. 27/1 ile TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4 arasında genel norm özel norm ilişkisi vardır. Genel norm özel norm ilişkisinde hâkim özel normu uygulamak zorundadır. TCK m. 27/1’de hatanın maddi dünyada hata ya da hukuki gerçeklikte hata olması arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu yüzden TCK m. 27/1’in koşulları oluşmuşsa hâkimin TCK m. 30/3 ya da TCK m. 30/4’teki düzenlemeleri uygulamaması gerekir. Aşağıda detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere bir görüşe göre, TCK m. 27/1 haksızlığı etkileyen bir nedendir. Bu görüş kabul edilirse, TCK m. 27/1’in kapsamını sadece maddi gerçekliğe ilişkin hata ile sınırlamak gerekir. Bu görüş yukarıda verilen gözaltı süresinin aşılması örneğinde TCK m. 27/1’i, süreyi takvim hesabında hata yaptığı için aşan fail hakkında uygulamaktadır. Gözaltı süresinin bu süreyi düzenleyen norm bilinmediği için aşılması hali bu görüşe göre TCK m. 27/1’in kapsamında değildir. Çünkü bu görüşe göre TCK m. 27/1 haksızlığı etkileyen bir nedendir, hukuki gerçeklikte hata nedeniyle fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeme ise TCK m. 30/4’ e göre kusuru etkileyen bir nedendir. Hukuki gerçekliği bilmediği için gözaltı süresini aşan faille takvim hesabında hata yaptığı için gözaltı süresini aşan fail arasında bir farklılık yoktur; iki durumda da failer aynı psikolojik durum içerisindeyler ve iki durumda da aslında gözaltı koşulları oluşmuş fakat failer süreyi aşmıştır. TCK m. 27/1’in kanunda düzenleme sebebi potansiyel bir hukuka uygunluk nedeninin varlığıdır. Bu yüzden iki fail arasında ayırım yapıp, maddi gerçeklikte hataya düşen faili TCK m. 27/1’den yararlandırıp, hukuki gerçeklikte hataya düşen fail için TCK m. 30/4’teki koşulların oluşmasının aranması, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmadığı gibi adil de değildir. Gözaltı örneğinde TCK m. 27/1’e göre hata kaçınılabilir olsa dahi kastı engeller; fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. TCK m. 30/4’e göre, failin cezalandırılmaması için hatasının kaçınılmaz olması gerekir; hata kaçınılmaz olsa dahi fiil haksızlık teşkil eder. TCK m. 27/1, kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse hukuki gerçeklikte hata durumunda da uygulanabilir.

Sınırdaki hatanın, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni bağlamında, biri zamanda ve diğeri oranda olmak üzere iki türünün olduğu ileri sürülmektedir. Baskın görüşe göre, zaman yönünden sınırın aşılmasında esasen sınırın aşılması yoktur; çünkü bu ihtimalde potansiyel bir meşru savunma dahi yoktur; sınırın zaman yönünden aşıldığı durumlarda, TCK m. 30/3 uygulanmalıdır.<sup>6</sup> *Demirbaş*’a göre sınırın zaman yönünden aşıldığı bazı

<sup>6</sup> Melik **Kartal**, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklik ve Orantılılık*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 188;

olaylarda TCK m. 27 uygulanabilir.<sup>7</sup> Kanaatimizce, sınırın objektif olarak zaman yönünden aşıldığı bazı durumlarda TCK m. 27 uygulanabilir. Başlamamış, başlaması da muhakkak olmayan bir saldırının gerçekleşeceğini zannetme ile var olan saldırının sona ermediğini zannetme arasında ayırım yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki;

(1) Henüz bir saldırı yokken, saldırının var olduğu ya da muhakkak olduğu inancıyla hareket ediliyorsa, hata, saldırının varlığına ilişkindir; bu durumda fail hakkında TCK m. 30/3'teki düzenlemenin uygulanması gerekir. Örneğin, (A), daha önceden husumet yaşadığı ve her yerde kendisini öldüreceğini söyleyen (B) ile karşılaşır. Karşılaşma anında (B)'nin arka cebindeki titreşim modundaki telefon çalar. (B) elini arka cebine götürdüğünde (A), (B)'nin elini silahına götürdüğünü zanneder ve bir saldırının olacağı zannıyla (B)'yi öldürür. Örnekte fail var olan bir saldırı karşısında sınırı aşmamıştır; failin hatası var olmayan bir saldırının varlığına ilişkindir.

(2) Saldırı başlamış ve objektif olarak sona ermişse somut olayın özelliğine göre fail hakkında TCK m. 27/1'nin uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Örneğin, saldırıyı objektif olarak ilk atışta defetmesine rağmen atışlarına devam eden fail hakkında da TCK m. 27 uygulanabilir. Kanun koyucunun TCK m. 30/3;4'teki düzenlemelerin varlığına rağmen, sınırın aşılmasını özel olarak düzenlemesinin nedeni, somut olayda potansiyel olarak bir hukuka uygunluk nedeninin var olmasıdır. Verilen örnekte gerçekte bir saldırı vardır ve orantılılık unsuru dışında meşru savunmanın tüm objektif koşulları gerçekleşmiştir. Amaçsal bir yorum yapıldığında, örnekteki fail hakkında TCK m. 27'deki düzenlemenin uygulanması gerekir. Tabii bir bakış açısıyla bakıldığında ise, elbette, saldırı ilk atışta sona ermişse, artık objektif olarak ortada bir saldırı olmadığından hatanın sınırdadır.

---

**Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 353; Mahmut **Koca/İlhan Üzülmaz**, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M.27)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 52; Ertuğrul **Ünal**, “Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 677.

<sup>7</sup> “[T]aşkınlık olarak da ifade edilebilen aşmayı bir karşı saldırının temeli ve yeni başlangıcı olarak değil, savunmanın devamı ve sonucu olarak anlamak gerekir. Meşru savunmadaki haklı tepki ile sınırın aşılmasındaki hukuka uygun olmayan aşırı tepki arasındaki dar ve doğrudan doğruya zaman bağlantısı, kural olarak, her iki durumda da saldırıya uğrayan faili aynı psikolojik duruma sokmaktadır. Bu psikolojik durum, sınırı aşan failin savunma hareketini anlaşılabilir bir şekilde mazur görülür yaptığından, zaman sınırının sonraki aşılması da, meşru müdafaa sınırının aşılması kapsamında değerlendirilmelidir”. **Demirbaş**, s. 359-360.

değil, saldırının varlığında olduğu, TCK m. 27’de sınırda hatanın düzenlendiği ve bu yüzden fail hakkında TCK m. 27’nin değil, TCK m. 30/3’ün uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, davranışı tabii olarak değil, hukuki olarak değerlendirdiğimizde birden fazla atışı tek bir hareket gibi kabul etmek gerekir. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında saldırı anı ile savunma anı örtüşmekte, failin hatası saldırının varlığında değil, savunmanın sınırında olmaktadır.

TCK m. 27’de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler ifadesi kullanılmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler ifadesi TCK m. 24 ve devamındaki maddelerde düzenlenen nedenleri kapsamaktadır; suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği TCK m. 27/1 ceza kanununda yer almayan hukuka uygunluk nedenleri hakkında uygulanamaz.<sup>8</sup>

Diğer görüşe göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi suç tipleri ile sınırlıdır; fail lehine hükümler içeren TCK m. 27’deki düzenleme ceza kanununda yer almayan ceza sorumluluğunu kaldıran diğer nedenler hakkında da uygulanır.<sup>9</sup> Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir; TCK m. 27, ceza kanununda düzenlenmeyen ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler hakkında da uygulanabilir.

## II. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN NEDENLERDE SINIRIN AŞILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Öğretideki Görüşler

Öğretide bir görüşe göre sınırın aşılması haksızlığı; diğer bir görüşe göre kusuru etkiler. Görüş ayrılığının temel nedeni Türk öğretisinde objektif haksızlık anlayışını kabul eden Klasik Okulla haksızlığın sübjektif unsurlarının olduğunu kabul eden Teleolojik okul arasındaki fikir ayrılığıdır. Bu yüzden ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının hukuki niteliğine ilişkin görüşler üzerinde durmadan önce bu iki ekol hakkında genel bir bilgi vermek ve aralarındaki temel ayrışma noktalarını ortaya koymamız gerekir.

<sup>8</sup> Öztürk/Erdem, s. 303.

<sup>9</sup> Akbulut, s. 475.

## 1. Genel Olarak Klasik Suç Teorisi ve Şahsi Haksızlık Teorisi

Ceza hukukunun çekirdeğini “haksızlık” kavramı ve haksızlık kavramının özünü de insan davranışı oluşturduğu için insan davranışının niteliğine ilişkin tartışmalar haksızlığın yapısına ilişkin tartışmaların hareket noktası olmuştur.

Harekete ilişkin tartışmalar, ontolojik teoriler ve normatif teoriler olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>10</sup> Türk öğretisinde yazarlar, ekseriyetle, ontolojik hareket teorilerini esas alarak görüşlerini temellendirdikleri için çalışmanın devamında hareketin ontolojisine ilişkin tartışmalardan hareketle Klasik Suç Teorisi ve Şahsi Haksızlık Teorisinin haksızlığın ve kusurun yapısına ilişkin temel tezleri üzerinde durulacaktır.

Klasik Suç Teorisi, davranışı pozitif bilimlerin determinist (belirlemcilik) metodolojisi ile izah eden Nedensel Hareket Teorisini esas almıştır. Nedensel Hareket Teorisine göre hareket, dış dünyada değişikliklere yol açan iradi insan davranışdır; iradenin fonksiyonu salt hareketin ateşleyeni olmasıdır; yani iradenin içeriği davranışın varlığından bağımsızdır.<sup>11</sup> Davranışın iç ve dış yapısı vardır; davranışın iç yapısı salt iradi olması, dış yapısı ise maddi dünyadaki sonucu/sonuçlarıdır.<sup>12</sup> Değerden yoksun olsa da faile ait içsel bir unsurun (iradenin) davranışın tanımında yer almasının nedeni davranışın isnadiyeti ile ilgilidir. Parmağın kalkması (örneğin, başkası tarafından kaldırılması, refleksle kalkması) ile parmağın kaldırılması arasında fark vardır. Bir kimsenin davranışından söz edilebilmesi için davranışın ona isnad edilebilmesi yani davranışın iradi olması gerekir. Sonuç olarak, davranışın bir kimseye isnad edilebilmesi için davranışa sübjektif bir unsur (irade) eklenmiş; ancak iradenin içeriği iradeden

<sup>10</sup> Koca/Üzülmez, s. 91; Yaprak Öntan, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 73.

<sup>11</sup> Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 158; Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, 1. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 37-38; Michael S. Moore, Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law, Oxford University Press, Oxford 1993, s. 169; Arnold H. Loewy, Criminal Law in a Nutshell, West Academic Publishing, St. Paul 1975, s. 138; Julian Hermida, “Convergence of Civil Law and Common Law in the Criminal Theory Realm”, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 13, No. 1, 2005, s. 175-176; Daniel Gonzalez Lagier, The Paradoxes of Action, Springer, Dordrecht 2004, s. 42.

<sup>12</sup> Lagier, s. 42;

soyutlanmıştır. İradenin içeriğinin iradeden soyutlanmasının nedeni Klasik Suç Teorisinin -bilimsel pozitivistizmin esas aldığı deney ve gözlem metodunun bir yansıması olarak- haksızlığı dış dünyada objektif olarak var olan bir fenomen olarak kavramlaştırmak istemesidir.

Klasik Suç Teorisine karakterini veren bir diğer anlayış ise liberalizmdir. Liberalizmin suçun yapısına etkisi, salt haksızlığın suçun varlığı bakımından yeterli olmaması, kusurun suçun bir unsuru olarak kabul edilmesidir. Maddî anlamda kusurun içeriğini de yine pozitivistizm ve liberalizm şekillendirmiştir.

Liberalizme göre insanlar özgür seçimlerine göre hareket eden özgür varlıklardır.<sup>13</sup> İnsanların davranışları dolayısıyla sorumlu olabilmeleri için, kural olarak, seçimlerinin özgür olması gerekir (geleneksel özgeçelik); aksi durumda cezalandırmanın kendisi de haksızdır (kusur ilkesi).<sup>14</sup> Seçimin özgür olabilmesi için failin arasından seçim yapabileceği seçenekleri bilmesi (epistemik koşul) ve iradesinin seçeneklerden birini seçmeye mecbur olmaması (kontrol koşulu) gerekir.<sup>15</sup> Klasik Suç Teorisinde, sorumluluğun epistemik koşulu kusura, kontrol koşulu ise haksızlığa karşılık gelmektedir. Suçun dış yapısı haksızlık, iç yapısı kusurdur.<sup>16</sup> Klasik Suç Teorisi, pozitivistizmin metodolojisi ile suçu izah etmeye çalıştığı için cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunu da yine ontolojik bir temele oturtmaya çalışmıştır. Bu yüzden suçun kusur unsurunun içerisinde normatif unsurlara yer verilmesinden kaçınılmıştır. Klasik Suç Teorisinin esas aldığı Psikolojik Kusur Teorisine göre, kusur fail ile fiil arasındaki psikik bağdır; failin kastı ya da taksiri varsa kusuru da vardır.<sup>17</sup>

13 Mariana **Valverde**, “Pain, Memory, and the Creation of the Liberal Legal Subject: Nietzsche on the Criminal Law”, in Nietzsche and Legal Theory, eds. Peter Goodrich and, Mariana Valverde, Routledge, New York 2005, s. 67.

14 Earl **Fruchtman**, “Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism”, Criminal Law Quarterly, Vol. 29, 1986-1987, s. 315.

15 John Martin **Fischer**/Mark **Ravizza**, Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s. 13; Kevin **Timpe**, “Free Will and Moral Responsibility”, The Modern Schoolman, Vol. 88, No. 1-2, 2011, s. 5-6.

16 Neslihan **Göktürk**, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 4.

17 Hans-Heinrich **Jescheck**, “The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State”, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 8, No. 1, 1975, s. 115.

Ceza hukukunda cezalandırılabilir fiilin yapısı, ahlakta kınanabilir fiilin yapısı ile aynıdır. Ahlakta da normalde haksızlık teşkil eden davranışlar vardır; bu davranışlar bazı durumlarda haksız görülmez; bazı durumlarda ise haksız görülmekle birlikte fail kınanmaz. Ahlakta kınanabilir fiile ilişkin bu üç basamaklı değerlendirme, ceza hukukunda cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklindeki üç basamaklı yapısı ile özdeştir. Özünü günlük yaşamdaki ahlaki değer yargılarından alan bu yüzden aslında doğası icabı normatif bir kavram olan kusurun salt kast ve taksirden oluşan psşik bir fenomen olarak izah edilmesi, Klasik Suç Teorisinin birçok ceza hukuku kurumunu temellendirmesinde güçlük çekmesine neden olmuştur.

Klasik Suç Teorisine göre, kusur, failin özgür iradesiyle yaptığı özgür seçime dayanır (Seçim Teorisi).<sup>18</sup> Failin kasten hareket ettiği ve fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bildiği durumlarda kusura ilişkin bu temellendirme tatmin edicidir. Ancak fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa (haksızlık hatası) ve bilinçsiz taksirle fiili gerçekleştirdiyse haksızlığı özgür iradesi ile tercih etmemiş olur. Kusur, özgür iradenin özgür seçimi olarak tanımlandığında haksızlık hatasında ve bilinçsiz taksirde failin kusursuz olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sonuç ise ceza hukukunun hem ödetme hem de önleme fonksiyonu ile bağdaşmaz. Ödetme fonksiyonu ile bağdaşmaz; çünkü trafikte dalgınlıkla ışık ihlali yapan kişi örneğinde olduğu gibi bilinçsiz taksirle hareket edildiği durumlarda da insanlar sezgisel olarak fiilin haksız, failin ise kusurlu olduğunu düşünürler. Önleme fonksiyonu ile bağdaşmaz; çünkü sadece haksızlığın bilerek tercih edilmesi durumunda sorumlu olunuyorsa, insanların haksızlığı bilmek için dikkatli ve özenli davranmalarına gerek kalmaz. Kusur, salt özgür iradenin özgür seçimi olarak temellendirildiğinde bilinçsiz taksirle işlenen suç kategorisinin ceza hukukundan çıkarılması gerekir. Failin özensiz ve dikkatsiz olduğu için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği durumlarda da fail sorumlu olacaksa, kusurun içerisine normatif bir koşulun (bilmesi gerekme) eklenmesi gerekir. “Bilme”, ontolojik bir kavramdır ancak “bilmesi gerekme” bir değerlendirmeyi gerektirdiği için normatif bir kavramdır. Bilinçsiz taksir bilmesi gerekirken bilmeme olduğundan bilinçsiz taksir on-

---

18 Robin Antony **Duff**, “Choice, Character, and Criminal Liability”, *Law and Philosophy*, Vol. 12, No. 4, 1993, s. 346; Michal S. **Moore**, “Choice, Character, and Excuse”, *Social Philosophy and Policy*, Vol. 7, No. 2, 1990, s. 49 vd.



olojik değil, normatif bir kavramdır. Nitekim Türk öğretisinde tespit edebildiğimiz kadarıyla *Taner*<sup>19</sup> dışında Psikolojik Kusur Teorisi hem kasıtlı hem de taksirli suçlar bakımından kabul eden yazar yoktur. Türk hukukunda Klasik Suç Teorisini kabul eden yazarlardan bir kısmı<sup>20</sup>, hem kasıtlı hem de taksirli suçlarda kusurun normatif bileşeni olduğunu kabul ederken, bazı yazarlar<sup>21</sup> ise kusurun normatif niteliğini yalnızca taksirli suçlarla sınırlanmışlardır.

Kusurun salt psikişik bir fenomen olarak nitelenip içeriğinin kast ve taksirle sınırlanmasının bir başta sorunlu yönü hata kurumuyla ilgilidir. Kusurun içeriği kast ve taksirle sınırlandırdığı için Klasik Suç Teorisini kabul eden bazı yazarlar haksızlık bilincini de kastın bir bileşeni olarak kabul etmiştir (Kast Teorisi).<sup>22</sup> Kast Teorisine göre, failin kastından söz edilebilmesi failin hem suç tipinin unsurlarını hem de fiilin haksızlık niteliğini bilmesi gerekir (dolus malus).<sup>23</sup> Kast, bilme unsuru bağlamında, ontolojik bir kavramdır. Hata bilmemedir; hata varsa bilme olmadığından kast da yoktur. Hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kastı engeller. Haksızlık bilinci kasta dâhil edildiğinde, haksızlık hatası kaçınılabılır olsa dahi kastı engeller. Hukuk normlarının çokluğu ve toplumdaki değer yargılarının çeşitliliği nedeniyle hukuk normlarının anlamını değil normal insanlar, hukukçular bile tam olarak bilemeyebilir. Haksızlık hatasının kaçınılabılır olduğu durumlarda dahi kastı engellemesi, taksirli suçların sayısındaki az-

<sup>19</sup> Mehmet Tahir **Taner**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949, s. 315-316.

<sup>20</sup> **Alacakaptan**, s. 137; **Önder**, s. 271; Nur **Centel**/Hamide **Zafer**/Özlem **Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul 2020, s. 364-365.

<sup>21</sup> Sulhi **Dönmezer**/Sahir **Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 205.

<sup>22</sup> **Önder**, s. 226; Faruk **Erem**, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993, s. 327; **Toroslu/Toroslu**, s. 269-270; Nevzat **Toroslu**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Halî, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 160.

<sup>23</sup> **Göktürk**, Haksızlık Yanılgısı, s. 5 vd.; Paul K. **Ryu**/Helen **Silving**, "Error Juris: A Comparative Study", The University of Chicago Law Review, Vol. 24, No. 3, 1957, s. 440; Igor **Martinovic**, "Intention and Awareness of Wrongdoing Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, No. 12, 2017, s. 567.

lık da dikkate alındığında, birçok durumda failin cezalandırılmaması sonucunu doğurur.<sup>24</sup> Klasik Suç Teorisi bu sakıncayı “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı ile aşmak istemiştir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ise kanunu bilmemenin fail açısından mümkün olmadığı durumlarda failin sorumluluğuna yol açar. Bu durum hukuku bilme bakımından objektif bir sorumluluğa yol açtığı için açıkça kusur ilkesine aykırılık teşkil eder.

Alman hukukunda insanların hukukla bağlı olması beklentisinin yansımaları olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı ile “kusursuz ceza olmaz” ilkesi arasındaki denge haksızlık bilinci (failin haksızlık teşkil ettiğini bilme) ile kastın birbirinden ayrılması ile sağlanmıştır.<sup>25</sup> Haksızlık bilinci kusurun içerisinde konumlandırılmış, kast ise haksızlık içerisine dâhil edilmiştir.<sup>26</sup> Kast, bilme unsuru bağlamında ontolojik bir kavram olduğu için kaçınılabilir hatada dahi hata kastı engeller; çünkü hata bilme-medir; hata kaçınılabilir olsa dahi bilme yoktur; bilme olmadığı için de kast yoktur. Haksızlık bilincinin kasttan ayrılmasının sonucu haksızlık hatasının (failin haksızlık teşkil ettiğini bilmeme) kaçınılmaz olması durumunda dahi kastı engellemesidir.

Haksızlık bilincinin kasttan ayrılmasının doğrudan sonucu, kaçınılabilir haksızlık hatasında failin cezalandırılabilmesi değildir. Kaçınılabilir haksızlık hatasında failin cezalandırılabilmesi için kast ile haksızlık bilincinin birbirinden ayrılması zorunludur; ancak yeterli değildir. Failin kaçınılabilir haksızlık hatası dolayısıyla cezalandırılabilmesi için hataya düşmekte kusurlu olması gerekir. Yani “fail, failinin haksızlık teşkil ettiğini aktüel olarak bilmemekle birlikte potansiyel olarak bilebilecek idiyse hataya düşmekte kusurludur” denebilmesi gerekir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için de kusurun salt kast ve taksirden ibaret olan psikolojik bir fenomen olarak değil, kınama yargısı içeren normatif bir kavram olarak kabul edilmesi gerekir. Alman hukukunda kusurun normatif bir kavram

---

24 Rollin M. Perkins, “Ignorance and Mistake in Criminal Law”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 88, No. 1, 1939, s. 40-41; Edwin Roulette Keedy, “Ignorance and Mistake in the Criminal Law”, Harvard Law Review, Vol. 22, No. 2, 1908, s. 91; M. G. Derreiuç, “Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler”, Çev. Jale Güral, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 4, 1945, s. 197.

25 Jescheck, s. 116.

26 Jescheck, s. 117.

olarak kabul edilmesi tarihsel olarak *Frank*'a dayandırılan Normatif Kusura Teorisi ile; kastın haksızlık bilincinden ayrılıp haksızlık bilinci içerisine dâhil edilmesi ise *Welzel*'in Final Hareket Teorisini ontolojik bir dayanak olarak kullanan Şahsi Haksızlık Teorisi ile mümkün olabilmıştır.<sup>27</sup> Bu iki teori ile birlikte, hem her hukuku bilmeme durumunun kastı engellemesi sakıncası giderilmiş hem de hukuku bilmemenin kaçınılmaz olması durumunda dahi sorumluluk öngören “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının kusur ilkesi ile olan çelişkisi bertaraf edilmiştir.

*Welzel*'in Final Hareket Teorisine göre, hareket Nedensel Hareket Teorisinin iddia ettiği gibi iradenin içeriğinden izole değildir; insan doğası icabı amaç izleyen bir varlıktır; doğadaki neden ve sonuç ilişkisini aklıyla kavrayan insan belli sonuçlara yol açmak için harekete geçmektedir; yani failin amacı hareketi karakterize etmektedir; amaç hareketin ve harekette haksızlığın bir unsuru olduğuna göre, amaç ve dolayısıyla da kast haksızlığın bir unsurudur.<sup>28</sup> Nedensel Hareket Teorisi ile temellendirilen objektif haksızlık kavramı haksızlığın niteliğini belirlemede yetersizdir.<sup>29</sup> Örneğin, (A), (B)'nin cinsel organını sıkar. Bu örnekte fiilin dış dünyadaki fotoğrafı hangi haksızlığın gerçekleştiği konusunda tam bir fikir vermemektedir. Fiil cinsel saldırı da olabilir; kasten adam yaralama da olabilir. Haksızlığın niteliğini anlamak için failin sübjektif durumunun bilinmesi gerekir. Ayrıca Nedensel Hareket Teorisi, hareketi kör nedensel bir sürece indirger; davranış dış dünyada sonsuz bir nedensellik ilişkisi yaratabilir; bu yüzden Nedensel Hareket Teorisinin hukukta anlamlı olabilmesi için bir nedensellik teorisi ile sınırlanması gerekir.<sup>30</sup> Doğal bir nedensellik anlayışında nedenselliği failin üstsoylarının doğumuna hatta evrenin varoluş anına kadar çekmek mümkün olduğundan hukukta anlamlı olan nedensellik teorisinin bir değerlendirme ölçütü ile sınırlanması gerekir; bu durumda da ontolojik bir teori olduğu ileri sürülen Nedensel Hareket Teorisi normatif bir ölçütle sınırlanmış olur.<sup>31</sup>

27 **Jescheck**, s. 116 vd.

28 Hans **Welzel**, “Kausalität und Handlung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, No. 51, 1931, s. 719; Türk öğretisinde Final Hareket Teorisini esas alan bazı yazarlar için bkz. **Özgenç**, s. 168; **Koca/Üzülmez**, s. 101; **Akbulut**, s. 229; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakar**, s. 253.

29 **Göktürk**, Haksızlık Yanılgısı, s. 21; Selim **Erdin**, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 193-194.

30 **Lagier**, s. 42.

31 **Lagier**, s. 42.

Final Hareket Teorisine göre kast haksızlığın bir bileşeni olduğu için yukarıda verilen cinsel organı sıkma örneğinde olduğu gibi fiilin hangi haksızlığa vücut verdiği failin sübjektif durumuna bakılarak tespit edilebilmektedir. Keza teşebbüs derecesinde kalmış haksızlıklarda hangi haksızlığa teşebbüs edildiği de; ancak kast haksızlık içerisinde konumlandırılırsa belirlenebilmektedir<sup>32</sup>; bu yüzden teşebbüs derecesindeki haksızlıkları izah bakımından da Final Hareket Teorisi oldukça işlevseldir. Öte yandan Final Hareket Teorisi kusursuz bir teori de değildir. Final Hareket Teorisi hareketi ontolojik olarak temellendirme iddiası taşımaktadır. Final Hareket Teorisine göre, hareket belli bir amaca yönelmiş iradi insan davranışdır; bilinçsiz taksirde netice amaçlanmadığından Final Hareket Teorisi bilinçsiz taksirle işlenen suçları temellendirememektedir.<sup>33</sup> Keza Final Hareket Teorisi ihmali suçları açıklamakta da zorlanmaktadır. İhmali suçlarda sorumluluğun kaynağı bir emir normunun varlığıdır; yani ihmali suçlarda sorumluluk normatif bir değerlendirmeye dayanmaktadır; bu yüzden ontolojik bir hareket Teorisi olan Final Hareket Teorisi ihmali suçları temellendirmek bakımından da yeterince kuvvetli değildir.<sup>34</sup>

İlgili başlık altında daha detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki -TCK m. 27/1'in hukuki niteliği bakımından da çok önemli olan- bir başka farklılık, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurlar meselesi ile ilgilidir. Örneğin, *Koca/Üzülmez*'in TCK m. 27/1'in hukuki niteliği konusunda dayandığı temel argümanlardan birisi hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununa ilişkindir. *Koca/Üzülmez*'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller<sup>35</sup>; yazarlara göre sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın özel bir görünüş şekli olduğundan hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasında da hata kastı engeller.<sup>36</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri suçun hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluştururlar. Hukuka aykırılık ise haksızlığın bir unsurudur. Klasik

32 **Göktürk**, Haksızlık Yanılgısı, s. 21; **Erdin**, s. 193-194.

33 **Lagier**, s. 44.

34 **Koca/Üzülmez**, s. 102.

35 **Koca/Üzülmez**, s. 301.

36 **Koca/Üzülmez**, s. 308.

Suç Teorisi haksızlığı objektif bir fenomen olarak kabul ettiği için haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenlerinin de objektif nitelikte olduğunu kabul etmiştir.<sup>37</sup> Şahsi Haksızlık Teorisi ise failin sübjektif gerçekliğini haksızlığa dâhil ettiği için bu teoriye taraftar olan bazı yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin de sübjektif unsurlarının bulunduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiilin değersizliğini ortadan kaldırması dolayısıyla, tipiklik ve hukuka uygunluk nedenlerinin unsurları arasında ters yönlü bir simetri vardır (denkleştirme/telafi tezi).<sup>38</sup> Bu görüşe göre, tipikliğin objektif unsurlarının haksızlığı, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile denkleşir; tipikliğin sübjektif unsurlarının haksızlığının nötralize olabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının da olması gerekir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki bu görüş ayrılığının felsefi temeli ise Klasik Suç Teorisinin *konsekualist* (sonuçcu), Şahsi Haksızlık Teorisinin ise *deontolojik* (sonuçcu olmayan) ahlak kuramına dayanmasıdır.<sup>39</sup> Konsekualist ahlak kuramına göre, bir fiilin haksız olup olmamasının temel belirleyeni fiilin yol açtığı sonuçtur; fiilin yol açtığı netice salt faydalı ise ya da fiil bir zarara da yol açmakla birlikte ortaya çıkan neticenin faydası zararından daha fazla ise fiil haksız değildir.<sup>40</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği ve fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği olaylarda, fiil objektif olarak yararlı olduğu için Klasik Suç Teorisine göre haksız değildir. Deontolojik ahlak kuramına göre, fiilin haksız olup olmamasının tek belirleyeni sonucu değildir; fiilin haksızlık niteliğini karakterize eden temel bileşen, niyettir.<sup>41</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini fail bilmiyorsa ve fiilin hukukla çeliştiğini zannediyorsa, fiil haksızdır.

37 **Dönmezer/Erman**, s. 21; **Alacakaptan**, s. 84; **Önder**, s. 223; **Tahir**, s. 395.

38 Neslihan **Göktürk**, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 27, 2015, s. 17 vd.; **Erdin**, s. 211 vd. **Öztürk/Erdem**, s. 260.

39 **Hermida**, s. 176 vd.

40 Julia **Driver**, *Consequentialism*, Routledge, London 2012, s. 2.

41 Kasper Lippert **Rasmussen**, *Deontology, Responsibility and Equality*, Museum Tusulanum Press, Copenhagen 2005, s. 15.

## 2. Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi Arasındaki Yaklaşım Farklılığının TCK m. 27/1'in Hukuki Niteliği Meselesine Yan-sıması

Kast ve taksiri kusur içerisinde konumlandırılan Klasik Suç Teorisi, 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan suç teorisidir. 5237 sayılı Kanuna ise Şahsi Haksızlık Teorisi ruhunu vermiştir. Kanunda kastın münhasıran kusurun bir unsuru olmadığını, kanun koyucunun kastı haksızlık içerisinde konumlandığını gösteren -TCK m. 40 ve TCK m. 30'da olduğu gibi- açık düzenlemeler vardır. Kastın münhasıran kusurun bir türü olmadığını gösteren en açık pozitif hukuk düzenlemesi ise CMK m. 223'tür. İlgili düzenlemeye göre, kasıtlı suçlarda kastın yokluğu halinde fail hakkında beraat hükmü verilirken, kusurun yokluğu halinde ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu kastı kusurun bir unsuru olarak görmemektedir; zira kast kusurun bir unsuru olsa idi, kasıtlı haksızlıklarda kastın yokluğu halinde kusurun da yokluğu nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verirdi.

Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Öğretisi arasındaki farklılığın TCK m. 27/1'in hukuki niteliği bakımından önemi, kastın konumuna ilişkindir. Bu konuya değinmeden önce şunu belirtmek gerekir; Klasik Suç Teorisine göre de Şahsi Haksızlık Teorisine göre de TCK m. 27'de yer verilen "kast" kelimesi teknik manadaki kasta yani suçun sübjektif unsuruna karşılık gelmektedir; bu bağlamda TCK m. 27'de yer verilen "kast" kelimesine ilişkin olarak iki görüş arasında fikir ayrılığı yoktur. TCK m. 27/1'in hukuki niteliği konusunda ise iki görüş arasında fikir ayrılığı vardır. TCK m. 27/1'in hukuki niteliği konusunda Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisinin farklı sonuçlara ulaşmalarının nedeni, kastı cezalandırılabilir fiilin farklı unsurlarında konumlandırımlarıdır; daha açık bir ifadeyle, TCK m. 27/1'in hukuki niteliğine ilişkin olarak iki görüş arasındaki fikir ayrılığının nedeni, kastın suçun sübjektif unsuru olması değil, kastın cezalandırılabilir fiilin yapısı içerisindeki konumudur.

Şahsi Haksızlık Teorisini savunan yazarlardan bir kısmı kastı münhasıran haksızlığın bileşeni olarak kabul ettiği için bu görüşe göre TCK m. 27/1'in koşulları oluştuğunda sınırın aşılması haksızlığı etkiler; bu durumda kasıtlı bir haksızlıktan söz edilemez.<sup>42</sup> Failin sınırı aşmada kusuru varsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur. Aksi durumda yani failin sınırı aşmada kusuru yoksa

<sup>42</sup> Özgenç, s. 393-394; Koca/Üzülmez, s. 307; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 500; Akbulut, s. 474.

ya da olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse suç niteliğinde bir haksızlıktan söz edilemez.

Kastı münhasıran haksızlık içerisinde konumlandıran bu görüşe göre, TCK m. 27/1'in lafzında kast ve taksir kavramlarına yer verilmiş olması dolayısıyla sınırın aşılması haksızlığı etkiler. Çünkü bu kavramlar cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunun gerçekleştiriliş biçimleridir. Haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşur. Hukuka uygunluk nedenleri haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturur. Tipik fiil somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa haksız değildir. Kusuru etkileyen nedenler ise tipik fiilin haksızlık niteliğini etkilemezler. Kusurluluğu engelleyen bir nedenin varlığı halinde failin cezalandırılmamasının nedeni, fiilin haksız olması değil, failin kusurlu olmamasıdır. TCK m. 27/1'deki düzenleme cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgili olduğu için düzenleme hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı olarak uygulanabilir. Söz konusu yazarlara göre kast, haksızlığın bir bileşenidir ve kusuru etkileyen nedenler kastın kapsamında değildir.

Şahsi Haksızlık Teorisine taraftar olan yazarların bir kısmı ise kastı hem haksızlık hem de kusur içerisinde konumlandırmaktadır (kastın çifte fonksiyonu).<sup>43</sup> Bu görüş Alman hukukunda hâkim, Türk hukukunda ise -şimdilik- azınlıkta olan görüştür.<sup>44</sup> Kastın kusurdaki fonksiyonu failin hukuka düşman zihniyetini ortaya koyması iken haksızlıktaki fonksiyonu haksızlığı oluşturan objektif unsurları bilmedir. Bu görüş, suç tipinin maddi unsurlarını bilmeyi “haksızlık kastı” ya da “kast haksızlığı”; failin hukuka düşman zihniyetini ise “kusur kastı” ya da “kast kusuru” olarak nitelemektedir. Türk öğretisinde kasta çifte fonksiyon yükleyen yazarlar TCK m. 27/1'de yer verilen “kast” kelimesinin, kusur kastı mı yoksa haksızlık kastı mı olduğu konusunda net bir açıklama yapmadıkları için sınırın aşılmasını kusuru etkileyen bir neden olarak mı yoksa haksızlığı etkileyen bir neden olarak mı kabul ettiklerini net bir biçimde ifade etmek

43 Ali Emrah **Bozbayındır**, *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 79; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 256; **Öztürk/Erdem**, s. 237-238; Hasan **Çataklı**, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İknâ Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 3-4, 2019, s. 287-288.

44 Türk ceza hukuku teorik gelişimini geçmişte İtalyan, günümüzde ise Alman ceza hukuku öğretisindeki eserleri takip ederek sürdürdüğü için Alman hukukundaki hakim görüşün Türk hukukunda da yakın gelecekte hakim görüş olacağı söylenebilir.

zordur.<sup>45</sup> Ancak kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde hata kusur kastını etkilediği için söz konusu yazarların teorik olarak TCK m. 27/1'i de kusuru etkileyen bir neden olarak kabul ettiklerini söyleyebiliriz. Elbette, bu çıkarım yazarların, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın bir görünüş şekli olarak kabul etmeleri koşuluna bağlıdır.

Kastı, cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru içerisinde konumlandırılan Klasik Suç Teorisine taraftar olan yazarlara göre ise TCK m. 27/1'e göre sınırın aşılması kusuru etkiler. Bu görüşü savunan yazarlar arasında da ikili bir ayırım yapmak gerekir:

(1) Bazı yazarlar, kaçınılmazlık kavramı bağlamında bir ayırım yapmaktadırlar. Söz konusu yazarlara göre; sınırı aşılacak bir hukuka uygunluk nedeni ise ve sınırın aşılması kaçınılmazsa, bu durum kusuru değil, haksızlığı etkiler; çünkü bu yazarlara göre sınırı aşmada faile bir kusur isnat edilemiyorsa ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir; yani fiil hukuka uygundur; hukuka uygun olduğu için de haksız değildir.<sup>46</sup>

(2) Kastı kusur içerisinde konumlandırılan diğer yazarlara göre ise sınırın aşılması kaçınılmaz olsun ya da olmasın kusuru etkiler.<sup>47</sup> Bu görüşe göre, sınırın aşılmasında fiil tipik ve hukuka aykırıdır; haksızlık oluşmuştur. Cezasızlık sonucu doğuran sınır aşımalarında failin cezalandırılmamasının nedeni fiilin haksız olmaması değil, failin kusurlu olmamasıdır.

## B. İçtihatî Durum

Yargıtay'ın iki görüşü de destekleyen kararları vardır.

Yargıtay 10.12.2013 tarihli kararında ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının kusuru etkileyen bir neden olduğunu belirtmiştir: “5237 sayılı Kanunun sisteminde; ‘meşru müdafaa hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızası’ şeklinde başlıca dört hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, fail hakkında

<sup>45</sup> *Bozbayındır*, iki nolu dipnotta yer verdiğimiz hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması ile ilgili çalışmada sınırın aşılmasının kusuru etkilediğini belirtmiştir. Dolayısıyla *Bozbayındır*'a göre sınırın aşılması kusur kastını etkiler.

<sup>46</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 137 vd.; **Önder**, s. 264 vd.; **Erem**, s. 36.

<sup>47</sup> Doğan **Soyaslan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 401 vd.; Hale **Akdağ**, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 235 vd.; **Demirbaş**, s. 363.



*beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık 'sınırın aşılması' bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin birinci fıkrasındaki hal itibarıyla kusurluluğu azaltan, ikinci fıkrasındaki durum itibarıyla ise kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birisidir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda 'beraat' değil, 27. maddenin birinci fıkrasına göre indirimli ceza veya ikinci fıkra uyarınca 'ceza verilmesine yer olmadığına' karar verilmelidir".<sup>48</sup>*

Yargıtay 11.11.2021 tarihli kararında ise hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını kastı engelleyen hatanın bir türü olarak nitelemiştir: "*Kastı kaldıran hata türüne hukuka uygunluk nedenlerinin sınırındaki yanlıgı da eklemek gerekmektedir (TCK'nın 27/1. maddesi)*".<sup>49</sup>

### **III. TCK M. 27/1'İN HUKUKİ NİTELİĞİNİN KANUNDAKİ DÜZENLEMELER VE TEORİK TARTIŞMALAR IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Cezayı kaldıran nedenlerde hatanın görünüş biçimlerinden birisi de sınırın aşılmasıdır; çünkü fail sınırı aştığını bilmemektedir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hata, TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. TCK m. 30/3'teki düzenlemenin varlığına rağmen, kanun koyucunun sınırın aşılmasını özel olarak TCK m. 27'de düzenlemesinin nedeni, sınırın aşılmasında cezayı kaldıran bir nedenin potansiyel olarak var olmasıdır.

Öğretiye göre, TCK m. 27'deki düzenlemenin ayırıcı yönü, somut olayda cezayı kaldıran bir nedenin var olması ve fakat sınırının aşılmasıdır.<sup>50</sup> Bu görüşe göre, fiilin sınırı aşan kısmı hukuka aykırıdır. Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Cezayı kaldıran neden somut olayda ya vardır ya da yoktur. Fiilin kısmen ya da tamamen hukuka aykırılığında söz edilemez; fiil ya hukuka aykırıdır ya da değildir. Fiilin sınırı aşan kısmının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek fiilin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektir. Hukuka aykırılık fiilin niteliğidir ve fiilin tamamını niteler. Sınır (orantı), cezayı kaldıran bütün nedenlerde ortak olan bir unsurdur. Sınır aşılmışsa, cezayı kaldıran nedenin unsurunda eksiklik vardır. Başka bir deyişle ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin bütün unsurları gerçekleşmiş değildir. Bir şeyin unsuru yoksa o

<sup>48</sup> YCGK, E. 2013/60, K. 2013/603, 10.12.2013, (Lexpera).

<sup>49</sup> YCGK, E. 2020/61, K. 2021/546, 11.11.2021, (Lexpera).

<sup>50</sup> Özgenç, s. 494; Ersan, s. 65; Öztürk/Erdem, s. 303; Mehmet Şahin, "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, s. 325.

şeyin kendisi de yoktur; bu yüzden sınırın aşılmasında fiil hukuka aykırıdır.

TCK m. 27'nin konusu, somut olayda aktüel olarak değil, potansiyel olarak var olan cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasıdır. Somut olayda cezayı kaldıran bir neden potansiyel olarak var olduğu için kanun koyucu TCK m. 27'de, TCK m. 30/3'e nazaran, daha lehe bir düzenlemeye gitmiştir. Cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılması hatanın görünüş şekillerinden biri olduğu için kanunda TCK m. 27'deki düzenlemeye yer verilmemiş olsaydı, fail hakkında TCK m. 30/3'teki düzenlemenin uygulanması gerekecekti; zira özel norm yoksa genel norm uygulanır. TCK m. 30/3'e göre ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir.<sup>51</sup> TCK m. 27/1'e göre ise yalnızca kasten işlenebilen suçlarda hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın cezayı kaldıran nedenlerin sınırında hataya düşülmesi halinde fail hakkında bir cezaya hükmedilemez. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, fail, taksirli suç için öngörülen cezanın TCK m. 27/1'de belirtilen indirimli halinden sorumlu olur.

Düzenlemenin tartışmalı olan kısmı, fail hakkında cezaya hükmedilmemesinin ya da daha az cezaya hükmedilmesinin nedenidir. Bir görüşe göre, sınırda düşülen hata haksızlığı etkilediği, diğer bir görüşe göre ise kusuru etkilediği için failin cezai sorumluluğu üzerinde sonuç doğurmaktadır. Görüş ayrılığının en temel yansıması, TCK m. 27/1'deki düzenlemenin kapsamıdır. İlk görüş benimsenecek olursa, TCK m.27/1'in kapsamı hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlanmakta; ikinci görüş kabul edilirse, TCK m.27/1'in kapsamı kusurluluğu engelleyen nedenleri de kapsayacak şekilde genişlemektedir.

Kanaatimizce ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının kusuru etkilediğini ileri süren görüş daha isabetlidir. Bu görüşe katılmamızın nedeni, kast ve taksiri kusurun unsurları/türleri olarak kabul etmemiz değildir; kast ve taksir, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleridir. Sınırın aşılmasında hatanın kusuru etkilediğini kabul etmemizin nedeni,

---

51 Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı kastı engelleyen hata olarak niteleyen görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde hata kaçınılabilir olsa dahi, yalnızca kasten işlenebilen suçlarda, fiil haksızlık teşkil etmez. Bu bakımdan TCK m. 30/3 ile TCK m. 27/1 arasında bir farklılık yoktur. TCK m. 27'deki düzenlemenin lehe olan yönü fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak düzenlendiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Sınırın aşılmasında fail taksirli suç için öngörülen cezanın tamamından değil, TCK m. 27/1'de belirtilen indirimli halinden sorumlu olur.

TCK m.27/1'in lafzında yer verilen kast ve taksir kavramlarının yorumunda farkı bir görüşte olmamızdır. Kanaatimizce, TCK m.27/1'deki düzenlemede yer verilen *kast* kelimesi, TCK m.21'de düzenlenen ve suç tipinin sübjektif unsuru olan teknik manadaki *kasta* değil, kastın günlük dildeki "bilerek, farkında olarak" anlamlarına karşılık gelmektedir. Düzenlemede *taksirden* söz edilmesinin nedeni ise, sınırın aşılmasında failin kusurunun bulunması halinde fiilin taksirli bir haksızlığa yol açtığını belirtmek değil, sınırın bilerek aşılmadığı durumlarda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır. Sınırı aşan failin sınırdan düştüğü hata kaçınılmazsa ya da fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail hakkında beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmelidir. Sınırdan düşülen hata kaçınılabılır bir hataysa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail yine kasıtlı suçtan sorumludur. Bu ihtimalde kasıtlı suçtan sorumlu olan failin cezası TCK m. 27/1 gereği, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek belirlenir.

Kast kavramı, ceza hukukunun en tartışmalı kavramlarından birisidir. Kastın tanımı, unsurları, kapsamı ve konumu, kast kavramına ilişkin temel tartışma başlıklarıdır. Öte yandan kasta ilişkin tartışmalı olmayan hususlar da vardır; bunlardan biri, "bilme"nin kastın unsuru olmasıdır; bilme yoksa kast da yoktur. Ancak her bilme kast olarak nitelenemez; örneğin kusuru etkileyen zorunluluk halinde süje bir tehlikenin var olduğunu ve bu tehlikeden korunmak için bir hakkı ihlal ettiğini bilir; günlük dilde bu tür durumlarda da failin kasten hareket ettiği söylenir; ancak bu bilme teknik anlamdaki kast olmayıp "bilerek, farkında olarak" anlamlarına gelen günlük dildeki kasttır.

Ceza hukukunda "bilme hangi durumlarda kast (teknik manada) olarak nitelenebilir" sorusunun yanıtı "kastın kapsamı nedir" sorusunun yanıtı ile koşuttur. **Kastın kapsamındaki hususlar bilinir ve istenirse, teknik manadaki kastın varlığından söz edilir.** Kusuru etkileyen nedenlerdeki bilmenin teknik anlamdaki kast olarak nitelenmemesinin nedeni tam olarak budur; kusuru etkileyen nedenler teknik anlamdaki kastın kapsamında olmadıkları için kusuru etkileyen nedenlerdeki bilme kast olarak nitelenemez. "Bilme" ontolojik bir kavramdır; bu yüzden kast, bilme unsuru dolayısıyla ontolojik bir içeriğe sahiptir. Kastın kapsamını belirlemek ise normatif bir değerlendirmeyi gerektirir. Teknik manadaki kast ile günlük dildeki kast arasındaki ayrım noktası da tam olarak budur. Günlük dildeki kast kavramı ile suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kastın ortak noktası ikisinin de "bilme" ye karşılık gelmesidir; ayrım noktası ise

hukukun suçun sübjektif unsuru olan kastı belli hususların bilinmesi ile sınırlamasıdır. Sınır, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırına ilişkin bilmenin teknik anlamda kast olarak nitelenebilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sınır (orantı) unsurunun kastın kapsamında olması gerekir. Sonuç olarak, TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun sübjektif unsuruna karşılık gelen teknik manadaki kast anlamında kullanılıp kullanılmadığı sorusunda belirleyici olan suçun sübjektif unsuru olan kastın kapsamıdır. Bu yüzden “TCK m. 27/1’in hukuki niteliği nedir” sorusunun yanıtı “Kastın kapsamı nedir” sorusunun yanıtı ile koşuttur.

“Kastın kapsamı nedir” sorusuna yanıt verilirken ise metodik olarak iki şekilde hareket edilebilir:

1- Kanun koyucunun çizdiği sınır esas alınabilir.

2- Kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak teorik bir yaklaşımla kastın kapsamı ortaya konulabilir.

İlk yaklaşım “olan”ı, ikinci yaklaşım ise “olması gereken”i esas almaktadır.

Hukuki pozitivist olan bir yazar elbette ilk yaklaşımı esas alacaktır. “Kastın kapsamı nedir” sorusuna pozitivist yaklaşım esas alınarak yanıt verilebilmesi için kanun koyucunun kanunda kastın kapsamını açıkça ortaya koyması gerekir. Kıta Avrupası hukuk sistemini domine eden Alman ceza kanunda olduğu gibi bazı ülkeler kastın tanımına kanunlarında açıkça yer vermemektedirler.<sup>52</sup> Türk hukukunda ise kanun koyucu TCK m. 21’de kastı tanımlamış ve TCK m. 30/1’de kastın kapsamını açıkça belirlemiştir; bu yüzden hukuki pozitivist yaklaşımla mesele ele alındığında “kastın kapsamı nedir” sorusunun yanıtı Türk hukukunda açık bir şekilde belirli olduğundan TCK m. 27’de yer verilen kast kelimesinin teknik manadaki kastla aynı anlama gelip gelmediği sorusunun yanıtı da açık bir şekilde belirlidir.

TCK m. 21’e göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmek ve istemektir. Suçun kanuni tanımındaki unsurların deskriptif ve normatif karakteri vardır.<sup>53</sup> TCK m. 30/1’e göre, kastın kapsamına suçun kanuni tanı-

<sup>52</sup> Kasta ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki kanuni düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bozbayındır**, s. 85 vd.

<sup>53</sup> Deskriptif unsurlar, günlük dilde ve hukuk terminolojisinde aynı manaya gelen maddi dünyadaki olgusal gerçeklikleri; normatif unsurlar ise hukuksal bir değerlendirmeyi gerektiren hukuki gerçeklikleri ifade etmektedir. **Koca/Üzülmez**, s. 110.

mındaki normatif unsurlar değil, maddi (deskriptif) unsurlar girer. **İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun “teknik manadaki kast nedir” sorusuna, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilme ve istemedir” şeklinde yanıt verdiği sonucuna ulaşılmaktadır.** Pozitivist bir yaklaşımla, teknik anlamdaki kastı bu şekilde belirledikten sonra, TCK m. 27’nin lafzında yer verilen “kast” kelimesinin teknik anlamdaki kasta karşılık gelip gelmediği meselesi açıklığa kavuşmaktadır. Sınır, hukuka uygunluk nedenlerinde unsur olduğuna göre ve 5237 sayılı Kanunda teknik anlamdaki kast yalnızca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarla sınırlandırıldığına -daha açık bir deyişle hukuka uygunluk nedenleri 5237 sayılı Kanuna göre kastın kapsamına olmadığına göre, TCK m. 27’de yer verilen “kast” kelimesi teknik anlamdaki kastla örtüşmemektedir.

Sonuç olarak, TCK m. 27’de yer verilen “kast” kelimesinin teknik manadaki kast anlamında kullanıp kullanılmadığı tespit edilirken ilk metot yani “kanun koyucunun tercihi esas alınır” diyen pozitivist yaklaşım esas alındığında, TCK m. 21 ve TCK m. 30/1 karşısında TCK m. 27’de yer verilen “kast” kelimesinin teknik anlamdaki kast kavramına karşılık gelmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Pozitivist yaklaşımla mesele ele alındığında TCK m. 27/1’deki “kast” kelimesinin suçun subjektif unsuru olan teknik anlamdaki kasta karşılık gelmediğini gösteren başka pozitif hukuk düzenlemeleri de bu düzenlemeler hakkında detaylı açıklamalara aşağıda yer vereceğiz.

Öte yandan ilk yaklaşımın aşırı pozitivist olduğu, kanun koyucunun belirlemesinin teorik bir kavram olan kast bakımından mutlak olmadığı, kastın kapsamında teorik bir esastan hareket edilmesi gerektiği ileri sürülerek ilk yaklaşıma karşı çıkılabilir ve meselenin salt teorik bir zeminde çözümlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. “Olması gereken”i esas alan bu ikinci yaklaşımla mesele çözümlenmeye çalışıldığında ise TCK m. 27/1’in hukuki niteliğinde iki teorik mesele belirleyici olmaktadır:

1- Hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin negatif unsurları mıdır?

2- (Hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin negatif unsurları olmadığı kabul edildiğinde) Hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsuru/unsurları var mıdır?

Hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsurları olduğunu ileri süren görüşe (Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi) göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil tipik olmaz. Örneğin, bu görüşe göre meşru savunmada fiil tipik ve fakat hukuka aykırı olmadığı için değil, doğrudan tipik olmadığı için haksız değildir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsurları

olduğu için kastın kapsamına dâhil olmaktadır; yani Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi kabul edilirse, TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun subjektif unsuru olan teknik anlamdaki kast kavramı ile örtüşmektedir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin, hak teorisinden<sup>54</sup> ve norm teorisinden<sup>55</sup> dayanak bulduğu önemli argümanları vardır; ancak bu görüşü Türk hukukunda -tespit edebildiğimiz kadarıyla- savunan yazar yoktur.<sup>56</sup> Kanaatimizce, tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını ortadan kaldırdığı için Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi olarak adlandırılan görüş yerinde değildir. Tipikliğin Negatif Unsurları

- 54 Hak, hak teorisinde en temel anlamıyla “talep” kavramına karşılık gelmektedir; bu anlamda her hak, sahibine talepte bulunma, muhatabına ise talebe uygun davranma “ödevi” yükler; talep yoksa, ödev; ödev yoksa talep yoktur. Wesley Newcomb **Hohfeld**, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, s. 31-32. Örneğin, insan öldürme suçunda, hak sahibinin (ve devletin) yaşama hakkının ihlal edilmemesi noktasında bir talebi, muhatapların ise yaşama hakkını ihlal etmeme ödevi vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, muhatapın hakkı ihlal etmeme ödevi yoktur. Örneğin, meşru savunmada koşulları oluşmuşsa savunmada bulunan saldırganı öldürebilir. Savunmada bulunanın saldırganı öldürme ödevi olmadığına ve ödev olmadığına hak da olmadığına göre, meşru savunmada bulunan saldırganın yaşama hakkını ihlal etmemiştir. Bu yüzden adam öldürme suçunu “hukuka aykırı olarak bir insanı öldürme” şeklinde anlamak gerekir. Suç tipi bu şekilde anlaşıldığında hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif unsurları olmaktadır.
- 55 Hukuk normlarının fonksiyonu “yap” ya da “yapma” buyrukları ile davranışları yönlendirmektir. Davranışları yönlendirme niteliği taşımayan önermeler norm olarak değerlendirilemezler; hukuka uygunluk nedenlerinde muhatap dilerse ceza normunu ihlal etme, dilerse ihlal etmeme yetkisine sahiptir. Örneğin, meşru savunma koşulları oluşmuşsa, muhatap saldırganı öldürebilir; öldürmeyebilir; muhatap bu iki seçenekten hangisini tercih ederse etsin davranışı hukuka aykırı olmaz. Davranışları yönlendirme fonksiyonu olmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin bağımsız bir norm niteliği yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarının içeriğine dahil olan, ceza normlarının çerçevesini çizen istisnalardır; bu yüzden ceza normlarından bağımsız düşünülemezler. Alf **Ross**, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London 1968, s. 120; Kazimierz **Opalek**/Jan **Woleński**, “Normative Systems, Permission and Deontic Logic”, *Ratio Juris*, Vol. 4, No. 3, 1991, s. 341; David **Lewis**, “A Problem about Permission”, in *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, eds. Esa Saarinen et al., Reidel, Dordrecht 1981, s. 163 vd.
- 56 Öğretide bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Glanville **Williams**, *Criminal Law: The General Part*, Stevens and Sons, London 1961, s. 241; Meir **Dan-Cohen**, “The Actus Reus and Offences of Situation”, *Israel Law Review*, Vol. 7, No. 2, 1972, s. 188; Michael S. **Moore**, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law A philosophy of Action*, s. 179; Kyron **Huigens**, “Fletcher's Rethinking: A Memoir”, *Tulsa Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2004, s. 811.

Teorisinin Türk hukukunda karşılığı olmadığından Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilmeyecektir.

Türk hukukunda, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin değerlendirmenin (hukuka aykırılık değerlendirmesi) suç tipinden bağımsız bir değerlendirme aşaması olduğu konusunda konsensüs vardır.<sup>57</sup> Bu yüzden Türk hukuku açısından TCK m. 27/1'deki "kast" kelimesinin niteliğini tespit etme önem arz eden teorik tartışma -aşağıda ayrı bir başlık altında detaylı olarak üzerinde durulacak olan- hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesidir. TCK m. 27/1'deki "kast" kelimesinin teknik manadaki kasta karşılık gelebilmesi için yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukuka uygunluk nedenlerinin sınır unsurunun kastın kapsamında olması gerekir. **Pozitivist yaklaşım esas alınmayıp, mesele teorik bir zeminde ele alındığında; hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olabilmesi için;**

**1- hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunması ve**

**2- bu unsurun da kast olması gerekir.**

Ancak bu iki önerme kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin sınır unsuru da kastın kapsamına dâhil olmaktadır. Teorik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu kabul edilecek olursa hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunmadığı; başka bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında yer almadığı kabul edilmiş olacaktır; sonuç olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunup bulunmadığına ilişkin teorik tartışmada, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğu ve bu unsurun da kast olduğu kabul edilirse TCK m. 27'de yer verilen "kast" kelimesi teknik manadaki kasta karşılık gelmekte; objektif yaklaşım esas alınacak olursa; TCK m. 27'de yer verilen "kast" kelimesi teknik manadaki "kast" kavramı ile aynı anlama gelmemektedir.

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurlar meselesinde objektif görüş daha isabetlidir; bu yüzden kanaatimizce, Türk hukukunda "olan"ı ortaya koyan pozitivist yaklaşım ile "olması gereken"i ortaya koyan teorik yaklaşım örtüşmektedir.

TCK m. 27/1'deki düzenleme kusuru etkileyen bir neden olduğu için kusuru etkileyen zorunluluk hali ve cebir gibi niteliği gereği sınırın aşıl-

57 Özgenç, s. 309; Öztürk/Erdem, s. 196-197; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 202; Koca/Üzülmüş, s. 109; Centel/Zafer/Çakmut, s. 296.

masına konu olabilecek nedenleri de kapsamaktadır. TCK m. 27/1'in uygulanabilmesinin zorunlu koşulu birbiriyle çatışan menfaatlerin varlığıdır. Bütün hukuka uygunluk nedenlerinde fiil bir yandan ceza normunun tipine uyduğu için bir hukuki değeri ihlal etmekte öte yandan hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normun tipine de uyduğu için bir hukuki değeri korumaktadır. Cebir ve zorunluluk halinde de fiil bir yandan bir hukuki değeri korumakta öte yandan başka bir hukuki değeri de ihlal etmektedir. Dolayısıyla sınırın aşılması kusuru etkileyen cebir ve zorunluluk hali için de söz konusu olabilir.<sup>58</sup> TCK m. 27'nin lafzı da bu yorumu desteklemektedir. Kanun koyucu TCK m. 27'nin lafzında "hukuka uygunluk nedenleri" ifadesi yerine "ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler" ifadesine yer vermiştir. Kusuru etkileyen zorunluluk hali ve cebir, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerdir.

Çalışmanın devamında, TCK m. 27/1'in kusuru etkileyen bir neden olduğu şeklindeki görüşümüzün kanuni ve teorik dayanakları üzerinde durulacaktır.

## **A. Kanuni Dayanaklar**

### **1. TCK m. 21'e Göre Kastın Tipiklik Unsurları ile Sınırlı Olması**

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında düşülen hatanın kastı engelleyebilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sınırına ilişkin unsurun kastın kapsamında yer alması gerekir. Kanun koyucu, kastı, TCK m. 21'de tanımlamıştır. İlgili düzenlemeye göre, "kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir".

Düzenlemede açıkça belirtildiği üzere, kastın kapsamı suçun kanuni tanımındaki unsurlarla yani dar anlamdaki tipiklik unsurları ile sınırlıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarının kastın kapsamında yer alabilmesi için tipiklik içerisinde yer alması gerekir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarında rıza, tip unsurudur. Keza, hukuka

---

<sup>58</sup> "Şu halde, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 27. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden söz konusu olmalıdır. Failin, sınırları 'kast olmaksızın' aşması da ikinci koşuldur. Dolayısıyla 765 sayılı Yasanın 50. maddesinden farklı olarak sınırın kasten aşılması halinde bu fıkra uygulanamayacaktır. Yine 765 sayılı Yasadaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı Yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olsa da, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden olan 'zorunluluk hali' için de bu fıkranın yani 27/1. maddesinin uygulanma olanağı bulunmaktadır". YCGK, E. 2011/1-436, K. 2012/190, 08.05.2012, (Lexpera).



aykırılık kavramına tipikliğinde yer verilen suç tiplerinde ilgili ifadenin suç tipinin unsuru sayıldığı durumlarda, hukuka uygunluk nedenleri de tipikliğinin negatif nitelikte bir unsuru olmaktadır.<sup>59</sup> Bu istisnai durumlar dışında Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin tipiklik içerisinde yer almadığı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılık ve tipiklik, haksızlığın bağımsız unsurlarıdır. Fiilin tipik olması hukuka aykırılığın karinesidir.<sup>60</sup> Bu görüşün karşında yer alan ve Tipikliğinin Negatif Unsurları Teorisi olarak adlandırılan görüşe göre, haksızlığın tipiklik dışında başka unsuru yoktur; hukuka uygunluk nedenleri tipikliğinin negatif unsurlarıdır. Bu yüzden bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri de tipikliğinin diğer unsurları gibi kastın kapsamındadır. Daha öncede belirttiğimiz üzere, Tipikliğinin Negatif Unsurları Teorisi Türk hukukunda kabul görmemektedir.

Netice itibariyle, Türk hukukunda, istisnai suç tipleri dışında, haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) unsurlarından oluştuğu kabul edilmektedir. Kanun koyucu TCK m. 21 ve TCK m. 30/1’de kastı haksızlık tipinin maddi unsurları ile sınırladığı için haksızlığın hukuka aykırılık unsuru diğer bir deyişle hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında değildir.

Hatanın, kastı engelleyebilmesi için kastın kapsamında yer alan unsurlara ilişkin olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin bir unsuru olan sınır da kastın kapsamında yer almamaktadır.

<sup>59</sup> Öğretide ilgili ifadelerin hukuki niteliği tartışmalıdır. Türk öğretisindeki hakim görüşe göre, bu tür ifadeler hukuka aykırılığı kastın kapsamına dahil etmektedir. **Özgenç**, s. 311; **Hafizoğulları/Özen**, s. 258; **Demirbaş**, s. 286.

Bir başka görüşe göre bu tür ifadeler, suçun hukuka aykırılık unsurunun gereksiz bir tekrarıdır. Hukuk tasvip etmediği fiilleri ceza normuna konu eder; yani bu fiiller norma konu olarak zaten (*prima facie*) hukuka aykırı olmaktadır. Hukuka aykırılık ifadesine tipte yer verilmesi gereksiz yere hukukun kendi kendisini referans göstermesinden başka bir şey değildir. Paul H. **Robinson**, “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, The University of Chicago Law Review, Vol. 57, No. 3, 1990, s. 739; Larry **Alexander**, “Mistakes and The Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes, Law and Philosophy”, Vol. 12, No.1, 1993, s. 42.

Karma görüş olarak nitelendirilebilecek bir diğer görüşe göre ise ilgili ifadeler suç tipinin tamamını niteliyorlarsa tek fonksiyonları hâkimi somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği konusunda uyarıcıdır. İlgili ifadeler suç tipindeki bir unsuru niteliyorlarsa ilgili unsur bağlamında suç tipinin unsuru olurlar. **Öztürk/Erdem**, s. 258; **Koca/Üzülmez**, s. 268-269; Neslihan **Göktürk**, “Suçun Yasal Tanımında”, s. 427.

<sup>60</sup> **Özgenç**, s. 309; **Öztürk/Erdem**, s. 196-197; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 202; **Koca/Üzülmez**, s. 109; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 296.

Ceza hukukunda hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Hatanın haksızlığı etkileyebilmesi için kastı engellemesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hatanın bir görünüş biçimi olduğuna ve yukarıda izah ettiğimiz üzere hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almadığına göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında düşülen hata (sınırın hatayla aşılması) kusuru etkiler.

## **2. TCK m. 27/2’de Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Açıkça Kusuru Etkileyen Bir Neden Olarak Düzenlenmesi**

TCK m. 27/1’de yer verilen kast kelimesinin suçun subjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmediğini gösteren en açık pozitif hukuk düzenlemesi kanaatimizce TCK m. 27’nin bizatihi kendisidir. TCK m. 27/2’ye göre, “Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”. TCK m. 27/1, TCK m. 30’a göre, TCK m. 27/2 ise bu iki düzenlemeye göre daha özel niteliktedir. Meşru savunma da, cezayı kaldıran nedenlerden birisidir. Bu yüzden meşru savunmada sınırın aşılması durumunda TCK m. 27/1’de yer alan düzenlemenin uygulanma koşulları oluşmaktadır. Kanun koyucu TCK m. 27/2’de ek bir unsur (mazur görülecek bir heyecan, korku veya telaş) aramak suretiyle, TCK m. 27/1’deki düzenlemeye nazaran daha özel bir düzenlemeye gitmiştir.

Meşru savunmada, savunmadaki ölçüsüzlük objektif nitelikteki unsurlarda (konu, araç, aracın kullanımı) düşülen hatadan kaynaklanıyorsa, uygulanacak düzenleme, TCK m. 27/1’dir; ancak savunmadaki ölçüsüzlük, objektif unsurların yanı sıra faildeki heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmışsa, uygulanacak düzenleme TCK m. 27/2’dir.<sup>61</sup>

Meşru savunmada sınırın aşılması, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geliyorsa, davranış hem TCK m. 27/1’deki hem de TCK m. 27/2’deki düzenlemenin tipine uymaktadır. İki düzenlemede de sınırda hata söz konusudur; fail sınırı farkında olmadan aşmaktadır.<sup>62</sup> Aynı davranış birden fazla normun konusu olduğunda hangi normun uy-

61 Serkan **Meraklı**, Ceza Hukukunda Kusur, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 396-397.

62 **Öztürk/Erdem**, s. 303; **Zafer**, s. 411-412; Bu durumda bir hata olmadığı, failin sınırı bilinçli olarak aştığını ileri süren görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 307.

gulanacağı meta kurallarla (norm çatışmalarını gideren kurallar) belirlenir. Meta kuralların, *üstün olan normun önceliği, sonraki normun önceli ve özel normun önceliği* olmak üzere üç türü vardır.<sup>63</sup>

TCK m. 27/1 ile TCK m. 27/2 arasında genel norm özel norm ilişkisi vardır. Madde gerekçesinde de bu duruma vurgu yapılmaktadır. Gerekçede, TCK m. 27/1 ve TCK m. 27/2 arasında ayırım yapmaksızın bir bütün olarak TCK m. 27'den söz edilerek düzenlemenin kast olmaksızın sınırın aşılmasını düzenlediği belirtilmektedir: “Madde ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hali düzenlenmiştir”. Gerekçenin son iki paragrafında TCK m. 27/2'den söz edilmekte, TCK m. 27/2'nin TCK m. 27/1'in özel hali olduğu açıkça belirtilmektedir: “Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkında özel bir sınırın aşılması hali düzenlenmiştir”.

Aynı davranışı konu edinen normlar arasındaki ilişki özel norm-genel norm ilişkisi ise, uygulanacak norm, özel normdur. Bu konuda bir takdir söz konusu değildir; hâkim özel normu uygulamak zorundadır. Dolayısıyla, meşru savunmada sınır aşılmışsa hâkim önce TCK m. 27/2'nin koşullarının oluşup olmadığını değerlendirecek, sınırın aşılması mazur görülebilecek bir korku, heyecan veya telaştan kaynaklanmışsa TCK m. 27/2'yi, sınırın aşılmasının nedeni mazur görülebilecek bir korku, heyecan veya telaş değilse TCK m. 27/1 uygulayacaktır.<sup>64</sup>

Meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan kaynaklanması halinde TCK m.27/2'nin uygulanması zorunluluğu, cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasında TCK m. 27/1'e göre, suçun sübjektif unsuru olan kasttan söz edilemeyeceğini ileri süren görüş açısından bir çelişkiye neden olmaktadır.

Kast yoksa, CMK m. 223/2-c'ye göre, kasıtlı haksızlıklarda fail hakkında beraat hükmü verilir. Meşru savunmada sınırın aşılması, maruz görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmışsa, CMK m. 223/3-c'ye göre fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. Beraat hükmü hiç şüphesiz ceza verilmesine yer olmadığı hükmünden daha lehedir. Beraat hükmünde fiilin bir haksızlık teşkil etmediği, ceza verilmesine yer olmadığı hükmünde ise fiilin haksızlık teşkil ettiği; fakat failin içinde bulunduğu durum dolayısıyla tolere edildiği yargısı vardır. TCK m. 27/2'deki düzenleme daha leheyse bu durum çelişkilidir.

63 Eugenio **Bulygin**, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2015, s. 135.

64 **Bozbayındır**, s. 117; **Ünal**, s. 682.

Meşru savunmada, insan doğası gereği, saldırıya maruz kalan kişi korunma içgüdüleriyle korku, heyecan veya telaş halinde bulunur. Anlık olarak verilmesi gereken tepkinin, bu duygular nedeniyle, soğukkanlı ve makul bir kimsenin göstereceği tepkiden farklı olması anlaşılabilir bir durumdur. Kanun koyucu bu hususu dikkate almıştır. Meşru savunmanın bu niteliği dolayısıyla kanun koyucu TCK m. 27/2'de, TCK m. 27/1'dekinden daha lehe bir düzenlemeye yer vermiştir. TCK m. 27/2'deki düzenlemenin TCK m. 27/1'e göre daha lehe olan yönü, sınırın aşılmasında hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. TCK m. 27/1'e göre hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse taksirli suç için öngörülen ceza miktarında TCK m. 27/1'de belirtilen oranlarda indirim yapılır. TCK m. 27/2'ye göre ise, fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak düzenlendiği durumlarda, hata kaçınılabilir olsa dahi fail hakkında bir cezaya hükmedilemez.

TCK m. 27/2, TCK m. 27/1'den daha lehe bir düzenleme olduğuna göre, TCK m. 27/2'nin koşullarının gerçekleştiği durumlarda fail hakkında verilecek hüküm de daha lehe olmalıdır. Bu yüzden TCK m. 27/2'nin koşulları gerçekleştiğinde fail hakkında CMK m. 223/3-c'deki açık düzenleme dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı hükmü veriliyorsa, TCK m. 27/1'in koşulları oluştuğunda fail hakkında beraat hükmü verilmemelidir. Çünkü yukarıda da izah edildiği üzere beraat hükmü, ceza verilmesine yer olmadığı hükmünden daha lehedir. Sonuç olarak, TCK m. 27/1 gereği, cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılması durumunda kasıtlı haksızlığın oluşmadığını ileri süren görüş kabul edilirse fail hakkında CMK m. 223'e göre beraat kararı verilecektir. Bu durum daha lehe olan bir düzenleme olan TCK m. 27/2 bakımından çelişkiye neden olmaktadır.

TCK m. 27/1'in hukuki niteliğine ilişkin görüşümüz kabul edilirse böyle bir çelişki ile karşılaşılmamaktadır. TCK m. 27/1'in hukuki niteliği bu şekilde anlaşıldığında, TCK m.27/1'deki koşulların oluşması kastın varlığını etkilememektedir; ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın hatayla aşılması kusuru etkiler.

Sınırın aşılmasının hukuki niteliği TCK m. 27/1 için ne ise TCK m. 27/2 için de o olmalıdır. **(1) TCK m. 27/2, TCK m. 27/1'in özel haliyse; (2) TCK m. 27/2, TCK m. 27/1'e göre daha leheyse ve (3) TCK m. 27/2 kusuru etkileyen bir nedense; TCK m. 27/1, evleviyetle, kusuru etkileyen bir nedendir.**

Hukuk, normların rastgele bir araya geldiği kaotik bir sistem değildir. Hukuk normları arasında bir ahenk olmalıdır. Özellikle de suç genel teorisinin esaslarını ortaya koyan hükümlerin bir zincirin halkaları gibi birbirlerine bağlı olması gerekir.

TCK m. 21, TCK m. 30/1, TCK m. 30/3, TCK m. 30/4, TCK m. 27/1 ve TCK m. 27/2 birbirlerine doğrudan bağlı hükümlerdir. Bu hükümler arasında harmoni TCK m. 27/1’de yer verilen kast kelimesi suçun subjektif unsuru olan “kast” olarak nitelendirildiğinde bozulmaktadır. TCK m. 27/1, TCK m. 30/3’ün; TCK m. 27/2 ise TCK m. 27/1’in özel halidir. Başka bir ifadeyle, TCK m. 30/3 kural, TCK m. 27/1 kuralın istisnası, TCK m. 27/2 ise istisnanın istisnasıdır. Alt başlıkta detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere TCK m. 30/3, kusuru etkileyen bir nedendir. TCK m. 27/2, kusuru etkileyen bir nedendir. Kural ve istisnanın istisnası aynı hukuki nitelikte ise istisnanın da aynı hukuki nitelikte olması gerekir. TCK m. 27/1’de yer verilen kast kelimesi kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” anlamları ile kullanıldığında bahse konu düzenlemeler arasında uyum olmaktadır.

### **3. TCK m. 30’a göre Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hatanın Kusuru Etkilemesi**

Daha önce de belirtildiği üzere ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hatanın görünüş biçimlerinden birisidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu engelleyen nedenlerdir. TCK m. 30/3’te ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hatanın kaçınılmaz olması durumunda failin bu hatasından yararlanacağı belirtilmiştir.

Kusuru etkileyen nedenlerde hatanın kusuru etkilediği konusunda bir tartışma yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu türden bir hata hak-sızlığı etkiler. Bu görüşü savunan yazarlar arasında fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, hata kaçınılmazsa ilgili hukuka uygunluk nedeninin somut olayda gerçekleştiğini kabul etmek gerekir (Saf Subjektif Teori).<sup>65</sup> Bir diğer görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında

---

<sup>65</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 26-27; **Alacakaptan**, s. 86; Muharrem **Özen**, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995, s. 151; **Demirbaş**, s. 293-294; **Zafer**, s. 417; Hasan **Gerçekler**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 457; Kübra **Tunç**, Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 268.

hata kastı engellemektedir (Sınırlı Kusur Teorisi)<sup>66</sup>. Bu görüşe göre, TCK m. 30/3'teki düzenlemeyi kusuru etkileyen nedenlerle sınırlı olarak anlamak gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada uygulanacak kanun hükmü TCK m. 30/1'dir (suç tipinin objektif unsurlarında hata).

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bazı yazarlara göre ise haksızlığı değil, kusuru etkiler. Bu görüşü savunan yazarlar arasında da görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller; bu görüşe göre kast münhasıran kusurun bir türü/unsuru olduğu için bu türden bir hata en nihayetinde kusuru etkiler (Kast Teorisi).<sup>67</sup> Bir başka görüşe göre, kast münhasıran haksızlığın bir bileşenidir; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engellemediği için fiil tipiktir; bu tür bir hatanın var olduğu olaylarda hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurları gerçekte gerçekleşmemektedir; yani tipik fiil aynı zamanda hukuka da aykırıdır; dolayısıyla bu türden bir hata haksızlığı değil, kusuru etkiler (Katı Kusur Teorisi).<sup>68</sup> Diğer bir görüşe göre ise, kast ne münhasıran kusurun ne de münhasıran haksızlığın bileşenidir; kastın hem kusur hem de

<sup>66</sup> **Özgenç**, s. 527; **Koca/Üzülmez**, s. 301; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 593; **Akbulut**, s. 535-536; Buket **Abanoz**, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 230; **Ersan**, s. 59-60; Neslihan **Göktürk**, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", Ceza Hukuku Dergisi, C. 9, S. 26, 2014, s. 22 vd.; Olgun **Değirmenci**, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 110, 2014, s. 176-177; Murat Volkan **Dülger/Onur Özkan/Merve Bakdur**, "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlı Sonuçlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 12, S. 5, 2021, s. 229; Ali Tanju **Sarıgül**, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 3, 2020, s. 346; Ahu **Karakurt**, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", Ceza Hukuku Dergisi, C. 4, S. 10, 2009, s. 130-131.

Bu görüşü savunan bazı yazarlar (örneğin, **Koca/Üzülmez**), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, TCK m. 30/1'in doğrudan uygulanacağını ileri sürerken; bazı yazarlara göre (örneğin, **Göktürk**), bu tür bir hatada TCK m. 30/1'in örnekse yoluyla uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>67</sup> **Önder**, s. 159; Faruk **Erem**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 2, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1985, s. 18.

<sup>68</sup> Türk öğretisinde birçok yazar -teorik olarak katılmasalar da- 5237 sayılı Kanunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde bu tür bir hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini esas aldığı belirtilmektedir.

kast içerisinde fonksiyonu vardır (kastın çifte fonksiyonu); bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusur kastını engellemektedir; yani bu türden bir hata en nihayetinde kusuru etkiler (Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi).<sup>69</sup>

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hata teorisinin en tartışmalı konusu olması ve bu konuda adeta bir teori enflasyonunun olmasının nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hem suç tipinin maddi unsurlarında hata ile hem de haksızlık hatası ile benzer yönlerinin olmasıdır. Hukuka uygunluk nedenleri fiilin haksızlık unsuru ile ilgilidir ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın konusu haksızlığı etkileyen olgusal gerçekliktir. Tipiklik de haksızlığın unsurudur ve suç tipinin maddi unsurlarında hatada da hatanın konusu haksızlığa ilişkin olgusal gerçekliktir. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hata arasında benzerlik vardır; suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engelliyorsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da kastı engeller.

Farklı bir açıdan meseleye yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlık hatasına benzemektedir. Haksızlık hatasında fiil tipik ve hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada suç tipinin objektif unsurları gerçekleşmekte ve fail bunu bilmektedir; yani fiil tipiktir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurları gerçekte gerçekleşmemektedir; yani fiil hukuka aykırıdır. Fiil tipikse ve hukuka aykırı ise haksızdır. Sonuç olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata haksızlığın varlığını etkilemez. Bu tür bir hatanın varlığı halinde fail fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmez. Haksızlık hatasında

---

**Öztürk/Erdem**, s. 481; **Abanoz**, s. 206; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 437; Elvan **Keçelioğlu**, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 315; Cem **Şenol**, “5237 sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 149, 2019, s. 64; Reşit **Karaaslan**, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 172, 2017, s. 1694 vd.

<sup>69</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 437; Ragıp Barış **Erman**, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 377-378.

da hata haksızlığın varlığını etkilemez; fiil haksızdır; fakat fail fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmez. Sonuç olarak, meseleye bu şekilde yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, haksızlık hatasına benzemektedir.

Sübjektif durumu itibariyle de fail bir açıdan meseleye yaklaşıldığında, suç tipinin maddi unsurlarında hataya düşen faille aynı sübjektif zemindedir; başka bir açıdan meseleye yaklaşıldığında ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşen fail haksızlık hatasına düşen faille aynı sübjektif zemindedir. Suç tipinin maddi unsurlarında hatada fail hukuki gerçekliği bilmediği için değil, maddi gerçekliği bilmediği için davranışının haksız olmadığına inanır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da fail hukuki gerçekliği bilmediği için değil, maddi gerçekliği bilmediği için davranışının haksız olmadığına inanır. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşen fail, sübjektif durumu itibariyle suç tipinin maddi unsurlarında hataya düşen faille aynı zemindedir. Ancak aralarında şöyle bir farklılık vardır; suç tipinin maddi unsurlarında hataya düşen fail fiilinin hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise fail davranışının normalde haksızlık teşkil ettiğini bilir; ancak davranışının hukuka uygun olduğunu zanneder. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, izin hatası bağlamında, haksızlık hatasına yaklaşmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın bahse konu niteliği dolayısıyla bu tür bir hatada bazı yazarlar hatanın haksızlığı etkilediğini ileri sürerken bazı yazarlar da bu türden bir hatanın kusuru etkilediğini ileri sürmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada teori zenginliğinin olmasının nedeni yazarların hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda ve kasta ilişkin önemli meselelerde (kastın konumu ve kapsamı) farklı fikirlerde olmalarıdır. Örneğin Sınırlı Kusur Teorisini savunan yazarlara göre de Kast Teorisini savunan yazarlara göre de, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Ancak Sınırlı Kusur Teorisi kastı haksızlık içerisinde konumlandığı için bu tür bir hatanın haksızlığı; Kast Teorisi ise kastı kusur içerisinde konumlandığı için bu tür bir hatanın kusuru etkilediğini ileri sürmektedir. Kast Teorisinin kastı münhasıran kusur, Sınırlı Kusur Teorisinin ise kastı haksızlık içerisinde konumlandırmasının nedeni Klasik Suç Teorisi ve Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki farklılığa dayanmaktadır.



Anlaşılacağı üzere hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu teori sayısındaki çokluk nedeni ile çok kapsamlıdır ve bu çalışmanın boyutunu aşmaktadır. Zaten bu başlığa yer verilmesinin nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesi ile ilgili teorik bir tartışma yapmak değil, pozitivist bir yaklaşımla kanun koyucunun bu meseleye ilişkin iradesini ortaya koymaktır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin lafzında kaçınılmazlık kavramına yer verilmiştir. Kast, bilişsel ve istemsel boyutu itibariyle ontolojik bir kavramdır. Kastın kapsamına giren bir konuda fail dış dünyadaki objektif gerçekliği bilmiyorsa, hatası kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engeller. Çünkü, hata da bilişsel bir kavram olması dolayısıyla ontolojik niteliktedir. Kast bilme; hata bilmemdir. Hata varsa kast; kast varsa hata yoktur. Kaçınılmazlık kavramı ise ontolojik bir kavram olmayıp, değerlendirmeyi gerektir; yani normatif niteliktedir. Kanun koyucu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini kabul etmiş olsaydı ya TCK m. 30/1'de açıkça hukuka uygunluk nedenlerinden söz eder ya da tıpkı unsur hatasını düzenlediği TCK m. 30/1'de olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu ile ilgili müstakil bir düzenlemeye gider ve bu düzenlemede kaçınılmazlık kavramına yer vermezdi. Söz konusu nedenler dolayısıyla öğretilerde teorik olarak farklı görüşleri savunsalar da birçok yazar kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşü kabul ettiğini belirtmektedirler.<sup>70</sup>

TCK m. 30/3'teki düzenleme, kastın unsurlarını ve kapsamını çizen TCK m. 21'deki düzenleme ile uyumludur. Zira, TCK m. 21'e göre, kastın kapsamı tipiklikte yer alan unsurlarla sınırlıdır. Hukuka uygunluk nedenleri, ilgili başlık altında üzerinde detaylı olarak durulduğu üzere, suç tipinde yer almazlar. Kastı engelleyen hatanın konusu, kastın kapsamında yer alan unsurlardır. Kastın kapsamında yer almayan bir hususta düşülen hata, suç tipinin subjektif unsuru olan kastı engellemez. Sınırın aşılması da hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın bir görünüş şekli olduğu için sınırın aşılması kastı engellemez; kusuru etkiler.

---

<sup>70</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 437; Öztürk/Erdem, s. 481; Abanoz, s. 206; Şenol, s. 64; Sarıgül, s. 343.

## **B. Teorik Dayanak: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması**

Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin en temel sorunlardan birisi, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı sorunudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği fail tarafından biliniyorsa ve fail ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerektirdiği motivasyonla, örneğin meşru savunmada savunma motivasyonu ile hareket ediyorsa, herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Sorun, failin objektif unsurları gerçekleşmesine rağmen bu durumu bilmemesi ya da bilmekle birlikte ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerektirdiği motivasyonla hareket etmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Öğretide, hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif nitelikte olduğunu ileri süren Objektif Teoriye göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse, fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur.<sup>71</sup>

Saf Sübjektif Teoriye göre, failin ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için ilgili hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini bilmesi gerekir. Bu görüşe göre, unsurlar gerçekleşmese dahi, fail, unsurların gerçekleştiğine inanıyorsa ve bu inancı makulse, fiil hukuka uygundur. Bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerini salt failin zihnindeki makul inana indirgemektedir.<sup>72</sup>

71 Türk hukukunda objektif teoriyi savunan bazı yazarlar için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 21; **Alacakaptan**, s. 84; **Önder**, s. 223; **Tahir**, s. 395; **Kangal**, s. 203; **Şahin**, s. 175; Selman **Dursun**/Ali Emrah **Bozbayındır**, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73, S. 1, 2015, s. 86-87; **Erdin**, s. 427; Nurullah **Kunter**, Suçun Kanuni Unsurları (Köksal bayraktar vd.), Der Yayınları, İstanbul 2022, 136; **Toroslu/Toroslu**, s. 160; **Hafizoğulları/Özen**, s. 212; **Zafer**, s. 362; **Demirbaş**, s. 289; **Tunç**, s. 288; Dilek Özge **Uğraş**, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 9, S. 18, 2021, s. 411.

72 Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurlar sorununda bu görüşü savunan yazar olmamakla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda bu görüşü savunan yazarlar vardır. Bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 26; **Demirbaş**, s. 293-294; **Zafer**, s. 417; **Özen**, s. 148 vd.; **Tunç**, s. 268. Aslında söz konusu yazarlara göre hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir; fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada söz konusu yazarlar Saf Sübjektif Teoriyi savunmaktadırlar. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı meselesinde Objektif Teoriyi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ise Saf Sübjektif Teoriyi savunanın kendi içerisinde

Çifte Gereklilik Teorisine göre, fiilin hukuka uygun olabilmesi için hem ilgili hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmeli hem de fail söz konusu unsurların gerçekleştiğini bilmelidir.<sup>73</sup>

Öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunduğunu kabul eden görüşe taraftar olan yazarlar arasında sübjektif unsurun içeriği konusunda fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre<sup>74</sup>, failin unsurların gerçekleştiğini bilmesi yeterli iken, diğer bir görüşe göre<sup>75</sup>, fail ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerektirdiği motivasyonla hareket etmelidir.

Öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunduğunu kabul eden görüşe taraftar olan yazarlar arasındaki bir başka fikir ayrılığı, somut olayda objektif unsurları gerçekleşen hukuka uygunluk nedenini failin bilmemesi durumunda sorumluluğunun ne şekilde tespit edileceği konusunda hakkındadır. Bazı yazarlar, bu tür durumlarda neticenin ceza hukuku bakımından haksızlık teşkil etmediğini fakat failin sübjektif durumunun karakterize ettiği harekete ilişkin haksızlığın devam ettiğini kabul etmektedirler. Söz konusu yazarlara göre, bu durum, teşebbüs derecesindeki haksızlığa karşılık gelmektedir. Bu yüzden fail suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır.<sup>76</sup> Karşı görüşe göre, fail tamamlanmış suçtan sorumlu olmalıdır.<sup>77</sup>

---

sorumlu olduğunu belirtmemiz gerekir; zira bu iki teori birbirlerinin tam zıttı olan teorilerdir.

Saf Sübjektif Teori Anglo-Amerikan hukukunda taraftarları olan bir teoridir. Bkz. Douglas **Husak**, "Justifications and the Criminal Liability of Accessories", The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 80, No. 2, 1989, s. 508; Jamish **Stewart**, "The Role of Reasonableness in Self-Defence", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 16, No. 2, 2003, s. 333; Re'em **Segev**, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justification!", Law and Philosophy, Vol. 25, No. 1, 2006, s. 44.

<sup>73</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 271; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 282; **Özgenç**, s. 310; **Öztürk/Erdem**, s. 260; **Meraklı**, s. 418; **Ersan**, s. 50; Mehmet Cemil **Ozansü**, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 118; **Göktürk**, "Objektif Nitelikte midir?", s. 16; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 595; **Hakeri**, s. 342; **Akbulut**, s. 21; **Karakurt**, s. 128-129.

<sup>74</sup> George P. **Fletcher**, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, New York 2000, s. 565.

<sup>75</sup> **Öztürk/Erdem**, s. 260; **Özgenç**, s. 360.

<sup>76</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 272; **Göktürk**, "Objektif Nitelikte Midir?", s. 27.

<sup>77</sup> Gözde **Kazaker**, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 268; **Öztürk/Erdem**, s. 261; **Ersan**, s. 52-53; **Ozansü**, s. 118-119.

Kanaatimizce Objektif Teori daha isabetlidir. Haksızlığın sübjektif unsurları, haksızlığın tipiklik unsuru ile sınırlıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak unsurları gerçekleşmişse, fiil objektif olarak yararlıdır; ya da en azından zararlı değildir. Fiil objektif olarak yararlı ya da en azından zararsız ise faili sırf sübjektif durumu dolayısıyla cezalandırmak, ceza hukukunun amacı ile bağdaşmaz; ceza hukuku niyetleri değil, fiilleri cezalandırır; objektif olarak faydalı olan bir fiil dolayısıyla faili cezalandırmak, niyetleri cezalandırmak anlamına gelir.<sup>78</sup>

Kanun koyucu, elverişsiz teşebbüs kurumuna kanunda yer vermeyecek kanaatimizce objektif görüşü benimsediğini açıkça ortaya koymuştur. Kanun koyucunun iradesi, fiil objektif olarak haksız olmasa da, failin suç işleme niyeti ile hareket ettiği durumları cezalandırma sahasına dâhil etmek olsaydı, elverişsiz teşebbüs kurumuna Türk hukukunda yer verilirdi.<sup>79</sup> Cezalandırılabilir fiilin, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üç unsuru vardır; metodik olarak bu üç unsur arasında sıralama vardır; fiil tipik değilse hukuka aykırılık, tipik fiil hukuka aykırı değilse kusurluluk hakkında değerlendirme yapılamaz. Aynı metodik inceleme - Türk hukukunda işlenemez suça teşebbüs kurumuna yer verilmediği için- tipiklik için de yapılmalıdır. Fiilin tipik olabilmesi için objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesi gerekir. Türk hukukunda işlenemez suça teşebbüs kurumuna yer verilmediği için fiilin tipik olup olmadığı değerlendirilirken metodik olarak önce objektif unsurların sonra sübjektif unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Objektif unsurlarda eksiklik varsa -Türk hukukunda işlenemez suça teşebbüs kurumuna yer verilmediği için- sübjektif unsurlar hakkında değerlendirme yapılamaz. Örneğin, (A), yüksek miktarda uyuşturucu satın alır ve parasını öder. Kurye (C), (B)'den içinde uyuşturucu olduğunu zannettiği ancak gerçekte içerisinde karbonat olan çantayı alır. Örnekte, failde suç kastı vardır ancak objektif olarak suçun konusu yoktur. Türk hukukunda işlenemez suça teşebbüs kurumuna yer verilmediği için (C)'nin fiili hukuki bir haksızlık teşkil etmez. Dolayısıyla, Türk hukukunda, denkleştirme/tezafî tezinin ileri sürdüğü gibi tipikliğin objektif unsurlarının haksızlığı hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile denkleştiğinde geriye denkleşmesi gereken tipikliğin sübjektif unsurunun haksızlığı kalmamaktadır.

<sup>78</sup> **Ekici Şahin**, s. 363; **Dursun/Bozbayındır**, s. 86-87.

<sup>79</sup> Elverişsiz teşebbüsün hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu ile ilişkisi hakkında bkz. **Dursun/Bozbayındır**, s. 71 vd.

Hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte oldukları için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni objektif olarak ya vardır ya da yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin unsurları objektif olarak gerçekleşmişse fail bu durumu bilmesede fiili hukuka uygundur. Aynı gerekçeyle, somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarında eksiklik varsa, fiil hukuka aykırıdır.

Sınır, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarından birisidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasında sınırı aşılan bir hukuka uygunluk nedeni ise somut olayda objektif unsurları itibariyle bir hukuka uygunluk nedeni yok demektir. Yani fiil tipiktir ve hukuka aykırıdır. Fiilin tipik ve hukuka aykırı olması, fiilin haksız olduğu anlamına gelir. Bu yüzden TCK m. 27/1'e göre, sınırı aşan kişinin fiilinin kasıtlı bir haksızlık teşkil etmediğini ileri süren görüş yerinde değildir.

## SONUÇ

Bütün hukuka uygunluk nedenlerinin ortak unsuru orantı (sınır)'dır. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinde fiil, bir yandan ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal ederken öte yandan izin normuyla korunmak istenen hukuki değeri korumaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşıldığında fiil hukuka aykırı olmaktadır. Orantı (sınır), zorunluluk hali ve cebir gibi kusuru etkileyen nedenlerde de ortak unsurdur; çünkü kusuru etkileyen cebir ve zorunluluk hali gibi nedenlerde de fiil bir yandan ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal ederken diğer yandan başka bir hukuki değeri korumaktadır.

5237 sayılı Kanunda kusurluluğu engelleyen nedenlerle hukuka uygunluk nedenleri için “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” terimi kullanılmıştır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması TCK m. 27'de düzenlenmiştir. Her ne kadar TCK m. 27/1'de “ceza sorumluluğunu kaldıran” nedenler ifadesi kullanılmış olsa da düzenlemenin lafzında “kast” ve “taksir” kavramlarına yer verildiği için öğretide düzenlemenin salt hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre kast ve taksir cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgili kavramlardır. Bu yüzden düzenlemeyi haksızlığın hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan hukuka uygunluk nedenleriyle sınırlı olarak anlamak gerekir. Karşı görüşe göre ise TCK m. 27/1'deki düzenleme kusuru etkileyen bir nedendir. Bu iki görüş arasındaki farklılık düzenlemede yer verilen “kast” ve “taksir” kelimelerinin anlamına ilişkin değildir; iki görüşe göre de ilgili ifadeler suçun sübjektif unsuru olan “kast” ve “taksir” kavramlarına karşılık gelmektedir. Görüşler arasındaki

farklılık, kast ve taksirin cezalandırılabilir fiilin yapısı içerisindeki konumuna ilişkindir. Kast ve taksiri münhasıran haksızlık içerisinde konumlandıran görüşe göre, TCK m. 27/1’de düzenlenen hata türü haksızlığı etkilemekteyken kast ve taksiri münhasıran kusur içerisinde konumlandıran yazarlara göre bu tür bir hata kusuru etkiler. Türk öğretisinde şuan için azınlıkta olan görüşe göre ise kast ve taksir hem haksızlığın hem de kusurun bileşenleridir. Türk hukukunda, kasta çifte fonksiyon yükleyen yazarlar, TCK m. 27/1’in hukuki niteliği konusunda açıkça görüşlerini ifade etmedikleri için TCK m. 27/1’in hukuki niteliği bakımından bu yazarların TCK m. 27/1’de yer verilen kast ve taksir kavramlarını kusurun bileşenleri olan kast ve taksir olarak mı yoksa haksızlığın bileşenleri olan kast ve taksir olarak mı niteledikleri konusu önem arz etmektedir.

Kanaatimizce “kast” münhasıran haksızlığın bir bileşenidir; ve TCK m. 27/1’deki düzenleme kusuru etkileyen bir nedendir. Kastın münhasıran haksızlığın bir bileşeni olduğu önermesi ile TCK m. 27/1’deki düzenlemenin kusuru etkileyen bir neden olduğu önermesinin birbiri ile çeliştiği ileri sürülerek bu görüş eleştirilebilir. Bu eleştiri, TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kast kavramına karşılık geldiği kabul edilirse doğrudur. Ceza hukukundaki teknik manadaki kast suçun sübjektif unsuru olan kasttır. Kanaatimizce TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmemektedir; TCK m. 27/1’deki “kast” kelimesi, kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” anlamlarına karşılık gelmektedir. Düzenlemede taksirden söz edilmesinin nedeni ise sınırın aşılmasında failin kusurunun bulunması halinde fiilin taksirli bir haksızlığa yol açtığını belirtmek değil, sınırın bilerek aşılmadığı durumlarda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır.

Suçun sübjektif unsuru olan kast ile günlük dildeki kastın ortak noktası ikisinin de “bilme” şeklindeki bilişsel duruma karşılık gelmesidir. Suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kastı günlük dildeki kasttan ayıran, hukukun her bilmeyi kast olarak nitelememesidir. Örneğin, cebir altında olan bir kimse bir tehlike altında olduğunu ve bu tehlikeden korunmak için belli bir şekilde davranması gerektiğini “bilir”; ceza hukukunda bu “bilme” kast olarak nitelenmez. Bu yüzden teknik manada kast ile günlük dildeki kastı birbirlerinden ayıran suçun sübjektif unsuru olan kastın kapsamıdır; hukuk belli hususları bilmeyi ve istemeyi kast olarak nitelemektedir. Suçun sübjektif unsuru olan kastın kapsamında olan konulara ilişkin

bilmede, teknik anlamdaki kast ile günlük dildeki kast örtüşmektedir. Suçun subjektif unsuru olan kastın kapsamında olmayan konulara ilişkin bilmede artık teknik anlamdaki kasttan değil, günlük dildeki kasttan söz edilir.

Dolayısıyla TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun subjektif unsuru olan kast anlamında kullanılıp kullanılmadığı meselesinde belirleyici olan, hukuka uygunluk nedenlerinin sınır unsurunun kastın kapsamında yer alıp almamasıdır; yani “TCK m. 27/1’de yer verilen kast kelimesi suçun subjektif unsuru olan kasta mı karşılık gelmektedir” sorusunun yanıtı “suçun subjektif unsuru olan kastın kapsamı nedir” sorusunun yanıtı ile koştur.

“Suçun subjektif unsuru olan kastın kapsamı nedir” sorusuna iki farklı şekilde yanıt verilebilir:

1- Kanun koyucunun kastın tanımı ve kapsamına ilişkin belirlemesi esas alınabilir (pozitivist yaklaşım).

2- Kastın teorik bir kavram olduğu ve kanun koyucunun belirmesinin mutlak olmadığı kabul edilerek, salt teorik bir yaklaşım esas alınabilir.

İlk yaklaşım esas alınırsa şu metod izlenmelidir: Türk hukukunda kastı tanımlayan TCK m. 21 ve kastın kapsamını çizen TCK m. 30/1 hükümlerine göre teknik manadaki kastın tipi belirlenmeli ve TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun subjektif unsuru olan teknik anlamdaki kast ile karşılaştırılmalıdır; örtüşüyorsa TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun subjektif unsuru olan kasta; örtüşmüyorsa TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi kastın günlük dildeki anlamına karşılık geliyor demektir.

TCK m. 21’e göre kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Suçun kanuni tanımındaki unsurların deskriptif ve normatif karakteri vardır. TCK 30/1, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, Türk ceza hukukunda, suçun subjektif unsuru olan teknik manadaki kast, **suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilme ve istemedir**. Hukuka uygunluk nedenleri, rızanın tip unsuru olduğu suçlarda olduğu gibi istisnai bazı suçlar hariç, suçun kanuni tanımında yer almazlar. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarla sınırlı olduğuna ve hukuka uygunluk nedenleri de suçun kanuni tanımında yer almadığına göre hukuka uygunluk nedenlerinin sınır (orantı) unsuru kastın kapsamında yer almaz; yani TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi TCK m. 21 ve TCK m. 30/1’deki düzenlemeler karşısında suçun subjektif unsuru olan teknik manadaki kast kavramı ile örtüşmemektedir.

TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun subjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmediğini gösteren başka pozitif hukuk düzenlemeleri de vardır. En bariz düzenleme, TCK m. 27’nin yine bizatihi kendisidir. TCK m. 27/2’de meşru savunmada sınırın aşılması düzenlenmiştir. TCK m. 27/2’nin kusuru etkileyen bir neden olduğu CMK m. 223’te açıkça belirtilmiştir. TCK m. 27/2’deki düzenleme TCK m. 27/1’deki düzenlemenin özel halidir. Kanun koyucunun meşru savunmada sınırın aşılmasını özel olarak düzenlemesinin nedeni saldırıya maruz kalan insanda doğal olarak korku, panik ve heyecanın olması ve bu ruhsal durum altında savunmada orantıyı aşma olasılığının yüksek olmasıdır. Bu yüzden kanun koyucu TCK m. 27/2’de TCK m. 27/1’e göre daha lehe bir düzenleme yapmıştır. TCK m. 27/2’ye göre hata kaçınılabilir olsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olsa dahi fail cezalandırılmaz. TCK m. 27/1’e göre ise fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse kaçınılabilir hata sonucu sınırı aşan kişi hakkında cezaya hükmedilebilmektedir. Kaçınılabilir hatada TCK m. 27/2’ye göre fail cezalandırılmazken; TCK m. 27/1’e göre cezalandırmanın mümkün olması TCK m. 27/2’nin TCK m. 27/1’den daha lehe bir düzenleme olduğunu çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. TCK m. 27/2 daha lehe bir düzenleme ise TCK m. 27/1’e göre sınırda hatanın kastı engellediğini kabul etmek çelişkiye yol açmaktadır. TCK m. 27/1’in kastı engelleyen bir hata türünü düzenlediğini ileri süren görüşe göre, yalnızca kasten işlenebilen suçlarda TCK m. 27/1 gereği sınırda hata kaçınılabilir olsa dahi suç niteliğinde bir haksızlıktan söz edilemez. TCK m. 27/2 kusuru etkileyen bir neden olduğu için TCK m.27/2’ye göre sınırda hata kaçınılmaz olsa dahi fiil haksız olmaya devam etmektedir. TCK m. 27/2 daha lehe bir düzenleme ise bu sonuç çelişkilidir. TCK m. 27/1’deki “kast” kelimesinin kastın günlük dildeki anlamına karşılık geldiği kabul edildiğinde böyle bir çelişki söz konusu olmamaktadır.

5237 sayılı Kanuna göre TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun subjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmediğinin bir diğer göstergesi, TCK m. 30/3’tür. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/3’te düzenlenmiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, –bazı yazarlar teorik olarak yerinde görmese de– kanun koyucunun bu düzenlemeyle Katı Kusur Teorisini esas aldığı öğretide birçok yazar tarafından kabul edilmektedir. Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi kastı engellemez; bu tür bir hata kusuru etkiler. Sınırın aşılması (TCK m. 27/1) hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın özel bir görünüş şeklindedir.



Meşru savunmada sınırın mazur görülecek bir heyecan korku ya da panik nedeniyle aşılması ise sınırın aşılmasının (TCK m. 27/1) özel bir şeklidir. Sonuç olarak, TCK m. 30/3 kural, TCK m. 27/1 kuralın istisnası, TCK m. 27/2 ise istisnanın istisnasıdır. Salt pozitivist bir bakış açısıyla meseleye yaklaştığımızda, TCK m. 30/3 ve TCK m. 27/2 kusuru etkileyen nedenler ise TCK m. 27/1'in de kusuru etkileyen bir neden olması gerekir. Kural ve istisnanın istisnası aynı hukuki nitelikteyken istisnanın farklı bir hukuki nitelikte olduğu ileri sürülemez.

Son olarak, TCK m. 30/4'e göre de TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesi suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmemektedir. TCK m. 30/4'te haksızlık hatası düzenlenmektedir. Bu hata türünün biri yasak diğeri izin hatası olmak üzere iki türü vardır. Yasak hatasında fail fiilinin dış dünyaya ait tüm maddi yönlerini bilmekle beraber davranışının hukuki bir haksızlık teşkil ettiğini bilmemektedir. İzin hatasında ise fail fiilinin dış dünyaya ait tüm maddi yönlerini bilmekle beraber somut olayda fiilini hukuka uygun hale getiren bir nedenin var olduğunu zannetmektedir; ancak failin zihnindeki hukuka uygunluk nedeni gerçekte hukuk düzeninde yer almamaktadır. Sınırın aşılması izin hatası şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, mevzuat değişikliğinden haberdar olmadığı için yasal gözaltı süresinin dolmadığını düşünen ancak gerçekte gözaltı süresini aşan ve şüphelinin hürriyetini sınırlamaya devam eden yetkilinin hatası, izin hatasıdır. İzin hatasının kusuru etkileyen bir neden olduğu konusunda Türk öğretisinde bir tartışma yoktur. TCK m. 27/1'de sınırın aşılması düzenlenmiş ve düzenlemede failin maddi gerçeklikte düştüğü hata ile hukuki gerçeklikte düştüğü hata arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla hukuki gerçeklikte hataya düştüğü için sınırı aşan fail hakkında da TCK m. 27/1'in uygulanması gerekir. TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesi suçun sübjektif unsuru olan kast şeklinde anlaşıldığında TCK m. 27/1'in izin hatasını kapsamadığı sonucuna ulaşılır; çünkü izin hatasında hata TCK m. 30/4 gereği kasti engellemez. Düzenlemede yer verilen "kast" kelimesi günlük dildeki anlamı ile anlaşıldığında başka bir deyişle TCK m. 27/1'in kusuru etkileyen bir neden olduğu kabul edildiğinde düzenleme izin hatasını da kapsayacak nitelikte olmaktadır.

Sonuç olarak, salt kanuni düzenlemeler esas alındığında TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesi suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelmemektedir.

Ancak, kanun koyucunun tercihinin teorik bir meselede belirleyici olmadığı ileri sürülebilir. Bu durumda, sınırın aşılmasının kastı engelleyip engellemediği meselesini, yazılı hukuk düzenlemelerini bir tarafa bırakıp

salt teorik bir yaklaşımla çözümlenmek gerekir. Bu yaklaşım açısından iki teorik mesele önem arz eder: 1- Hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsurları olup olmadığı meselesi, 2- Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesi.

Hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin negatif unsurları olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olduğu ve dolayısıyla sınırda hatanın kastı engellediği sonucuna ulaşılır. Türk hukukunda -hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada bu görüşle aynı sonuca ulaşan yazarlar olsa da- bizim tespit ettiğimiz kadarıyla doğrudan Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan yazar yoktur. Türk hukukunda tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olduğu kabul edilmektedir. Bu yüzden sınırın aşılması bağlamında Türk hukuku bakımından asıl önemli olan teorik mesele, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorudur. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru vardır; bir diğer görüşe göre ise hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir.

TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun sübjektif unsuru olan kasta karşılık gelebilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğu ve bu unsurun da suçun sübjektif unsuru olan teknik manadaki kast olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu iki önerme kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının kastı engellediği ileri sürülebilir. Kanaatimizce daha isabetli olan objektif görüşün kabul edilmesi halinde ise hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olmadığı dolayısıyla TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun sübjektif unsuru olan kasta karşılık gelmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Netice itibariyle, kanaatimizce, salt pozitivist yaklaşımla ya da salt teorik bir yaklaşımla meselenin ele alınması sonucu değiştirmemektedir: TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun sübjektif unsuru olan teknik anlamdaki kasta değil, kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” anlamlarına karşılık gelmektedir; düzenlemede taksirden söz edilmesinin nedeni ise sınırın aşılmasında failin kusurunun bulunması halinde failin taksirli bir haksızlığa yol açtığını belirtmek değil, sınırın bilerek aşılmadığı durumlarda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır. Bu yüzden TCK m. 27/1, kusuru etkileyen bir neden olup, niteliği icabı sınır aşımının söz konusu olabileceği zorunluluk hali ve cebir gibi kusuru etkileyen nedenleri de kapsamaktadır.

### KAYNAKÇA

**Abanoz**, Buket. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

**Akbulut**, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Akdağ**, Hale. Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler. 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Alacakaptan**, Uğur. Suçun Unsurları. 1. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

**Alexander**, Larry. "Mistakes and The Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes". Law and Philosophy. Vol. 12, No. 1, 1993, s. 33-70.

**Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

**Bekar**, Elif. Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

**Bozbayındır**, Ali Emrah. "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması". Ceza Hukuku Dergisi. C. 7, S. 18, 2012, s. 113-135.

**Bozbayındır**, Ali Emrah. Olası Kast Kavramı ve Sınırları. 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

**Brudner**, Alan. Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice. Oxford University Press, New York 2009.

**Bulygin**, Eugenio. Essays in Legal Philosophy. Oxford University Press, New York 2015.

**Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş. 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

**Çataklı**, Hasan. "Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 23, S. 3-4, 2019, s. 277-306.

**Dan-Cohen**, Meir. "The Actus Reus and Offences of Situation". Israel Law Review. Vol. 7, No. 2, 1972, s. 186-194.

**Değirmenci**, Olgun. "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 110, 2014, s. 129-188.

**Demirbaş**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Derreiuc**, M. G. “Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler”. Çev. Jale Güral. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 4, 1945, s. 197-233.

**Dönmezer**, Sulhi/**Erman** Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2. 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

**Driver**, Julia. Consequentialism. Routledge, London 2012.

**Duff**, Robin Antony. “Choice, Character, and Criminal Liability”. Law and Philosophy. Vol. 12, No. 4, 1993, s. 45-383.

**Dursun**, Selman/**Bozbayındır**, Ali Emrah. “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 73, S. 1, 2015, s. 63-90.

**Dülger**, Murat Volkan/ **Özkan**, Onur/ **Bakdur**, Merve. “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. C. 12, S. 5, 2021, s. 227-264.

**Ekici Şahin**, Meral. Ceza Hukukunda Rıza. 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

**Erdin**, Selim. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

**Erem**, Faruk. Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993.

**Erem**, Faruk. Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 2. 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1985.

**Erman**, Ragıp Barış. Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

**Ersan**, Aykut. Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması. 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

**Fischer**, John Martin/**Ravizza**, Mark. Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility. Cambridge University Press, Cambridge 1998.

**Fletcher**, George P.. Rethinking Criminal Law. Oxford University Press, New York 2000.

**Fruchtman**, Earl. “Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism”. Criminal Law Quarterly. Vol. 29, 1986-1987, s. 315- 421.

**Gerçekler**, Hasan. Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

**Göktürk**, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, Ceza Hukuku Dergisi. C. 10, S. 27, 2015, s. 7-28.

**Göktürk**, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”. *Ceza Hukuku Dergisi*. C. 9, S. 26, 2014, s. 7-30.

**Göktürk**, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 7, S. 1, 2016, s. 407-450.

**Göktürk**, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara 2021.

**Hermida**, Julian. “Convergence of Civil Law and Common Law in the Criminal Theory Realm”. *University of Miami International and Comparative Law Review*. Vol. 13, No.1, 2005, s. 163-232.

**Hohfeld**, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. *The Yale Law Journal*. Vol. 23, No. 1, 1913, s. 16-59.

**Huigens**, Kyron. “Fletcher's Rethinking: A Memoir”. *Tulsa Law Review*. Vol. 39, No. 4, 2004, s. 803-817.

**Husak**, Douglas. “Justifications and the Criminal Liability of Accessories”. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 80, No. 2, 1989, s. 491-520.

**Jescheck**, Hans-Heinrich. “The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State”. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 8, No. 1, 1975, s. 112-120.

**Kangal**, Zeynel Temel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

**Karaaslan**, Reşit. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata”. *Legal Hukuk Dergisi*. C. 15, S. 172, 2017, s. 1665-1721.

**Karakurt**, Ahu. “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”. *Ceza Hukuku Dergisi*. C. 4, S. 10, 2009, s. 109-155.

**Kartal**, Melik. *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık*. 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Kazaker**, Gözde. *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Keçelioğlu**, Elvan. “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 87, 2010, s. 299-321.

**Keedy**, Edwin Roulette. "Ignorance and Mistake in the Criminal Law". Harvard Law Review. Vol. 22, No. 2, 1908, s. 75-96.

**Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan. "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M.27)". Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 11, S. 1-2, 2007, s. 39-53.

**Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Kunter**, Nurullah. Suçun Kanuni Unsurları (Köksal Bayraktar vd.). Der Yayınları, İstanbul 2022.

**Lagier**, Daniel Gonzalez. The Paradoxes of Action. Springer, Dordrecht 2004.

**Lewis**, David. "A Problem about Permission". in Essays in Honour of Jaakko Hintikka. eds. Esa Saarinen et al., Reidel, Dordrecht 1981, s. 163-179.

**Loewy**, Arnold H.. Criminal Law in a Nutshell. West Academic Publishing, St. Paul 1975.

**Martinovic**, Igor. "Intention and Awareness of Wrongdoing Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law". Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. No. 12, 2017, s. 564-572.

**Meraklı**, Serkan. Ceza Hukukunda Kusur. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**Moore**, Michael S.. Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law A philosophy of Action. Clarendon Press, Oxford 1993.

**Moore**, Michal S.. "Choice, Character, and Excuse". Social Philosophy and Policy. Vol. 7, No. 2, 1990, s. 29-58.

**Opalek**, Kazimierz/Woleński, Jan. "Normative Systems, Permission and Deontic Logic". Ratio Juris. Vol. 4, No. 3, 1991, s. 334-348.

**Ozansü**, Mehmet Cemil. Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

**Önder**, Ayhan. Ceza Hukuku Dersleri. Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

**Öntan**, Yaprak. Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Özen**, Muharrem. Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.

**Özgenç**, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tebdirleri Hukuku. 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Perkins**, Rollin M.. "Ignorance and Mistake in Criminal Law". University of Pennsylvania Law Review. Vol. 88, No. 1, 1939, s. 35-68.

**Rasmussen**, Kasper Lippert. Deontology, Responsibility and Equality. Museum Tusulanum Press, Copenhagen 2005.

**Robinson**, Paul H.. "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability". Ucla Law Review, Vol. 23, No. 2, 1975, s. 266- 292.

**Robinson**, Paul H.. "Rules of Conduct and Principles of Adjudication". The University of Chicago Law Review. Vol. 57, No. 3, 1990, s. 729-771.

**Ross**, Alf. Directives and Norms. Routledge and Kegan Paul, London 1968.

**Ryu**, Paul K./**Silving**, Helen. "Error Juris: A Comparative Study". The University of Chicago Law Review. Vol. 24, No. 3, 1957, s. 421-471.

**Sarıgül**, Ali Tanju. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 24, S. 3, 2020, s. 325-259.

**Segev**, Re'em. "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justificaton!". Law and Philosophy. Vol. 25, No. 1, 2006, s. 31-79.

**Soyaslan**, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

**Sözüer**, Adem. "Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar". Hukuki Perspektifler Dergisi. S. 6, 2006, s. 227-237.

**Stewart**, Hamish. "The Role of Reasonableness in Self-Defence". Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Vol. 16, No. 2, 2003, s. 317-336.

**Şahin**, Mehmet. "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 76, 2008, s. 321-354.

**Şenol**, Cem. "5237 sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata". Terazi Hukuk Dergisi. C. 14, S.149, 2019, s. 60-69.

**Taner**, Tahir. Ceza Hukuku Umumi Kısım. Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949.

**Timpe**, Kevin. "Free Will and Moral Responsibility". *The Modern Schoolman*. Vol. 88, No. 1-2, 2011, s. 5-28.

**Toroslu**, Nevzat. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

**Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. 26. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

**Tunç**, Kübra. *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*. Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Uğraş**, Dilek Özge. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. C. 9, S. 18, 2021, s. 369-411.

**Ünal**, Ertuğrul. "Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 12, S. 2, 2021, s. 671-684.

**Valverde**, Mariana. "Pain, Memory, and the Creation of the Liberal Legal Subject: Nietzsche on the Criminal Law". in *Nietzsche and Legal Theory*. eds. Peter Goodrich and, Mariana Valverde, Routledge, New York 2005, s. 67-89.

**Welzel**, Hans. "Kausalität und Handlung". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. No. 51, 1931, s. 703-720.

**Williams**, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, Stevens and Sons. London 1961.

**Zafer**, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.





**Özel Hukuk / Private Law**

---





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

## Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi

Regarding Bills of Exchange Drawn as Collateral and Abstractness Principle

  Av. Muhammet Can KARIKSIZ\*

### ÖZET

Teminat senetleri (teminat bonusu, teminat poliçesi, teminat çeki), tarafların temel borç ilişkisi kapsamında edimin ifasını güvence altına alması amacıyla düzenlenen senetlerdir. Edim ifa edilmediği takdirde teminat senedi vasıtasıyla, leh-tar tarafından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatılabilecek veya senet ciro ve zilyetliğin devri yoluyla tedavül edilme imkânı bulabilecektir. Bu bağlamda teminat senedi düzenlenmesinin uygulamada kabul gören farklı yolları mevcuttur. Bu yolların kambiyo senetlerinin mücerretliğini nasıl etkileyeceği ise çalışmamızın temel konusudur. Konuyla alakalı hukuki çelişkiler, teminat amacıyla kambiyo senedi tanzim edildiği takdirde ortada geçerli bir kambiyo senedinin varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği hususundan kaynaklanmakta-

\* İstanbul Barosu.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 05.10.2022 | Kabul/Accepted: 23.11.2022.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Muhammet Can Karıksız, “Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (675-722).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

dir. Bu sorun ise soyutluk ilkesinde tezahür eden “*kayıtsız ve şartsız belir bir bedeli ödeme/havale vaadi*” unsuruna dayanmaktadır. Teminat senetleriyle alakalı olarak mevzuatta herhangi bir düzenlemenin mevcut olmaması, Yargıtay kararlarını ve öğretideki görüşlerini daha da incelemeye değer kılmaktadır. İlgili Yargıtay kararlarında en temel tartışma konusu; teminat amacıyla kambiyo senedi ihdas etme durumunun soyutluk ilkesini ihlal edip etmediğidir. Çalışmamızda kıymetli evrakın temel prensibi olan soyutluk ilkesinin teminat senetlerine olan etkisi üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İspat, Kambiyo Senetleri, Soyutluk İlkesi, Teminat Senetleri, Tedavül Anlaşması, Teminat Kayıtları.

## ABSTRACT

Collateral bills (collateral bond, guarantee policy, guarantee check), these bills are issued with aim to securing the fulfilment of the performance with the scope of the basic dept relationship of the parties. If the performance is not fulfilled. By collateral bills the beneficiary will be able to initiate proceedings through foreclosure specific to bills of exchange, or the promissory note will have the opportunity to be circulated through turnover and transfer of possession. In this context, there are different ways of issuing collateral bills that are accepted in practice. How these ways will affect the abstractness of bills of exchange is the main subject of our study. The source of the main problems that we are facing in the practice is, if a bill of exchange is issued for the purpose of collateral could we talk presence of valid bill of Exchange. This problem is based on the manifest "Unconditional and unqualified payment/transfer promise" in the principle of abstractness. The most basic subject of discussion in the relevant Supreme Court decisions; whether the issue of issuing bills of exchange for the purpose of collateral violates the principle of intangibility.

**Keywords:** Proof, Bills of Exchange, Principle of Intangibility, Delcredere Bond, Circulation Agreement, Collateral Records.

## GİRİŞ

Teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetlerinin, kambiyo senedi vasfını sürdürüp sürdüremeyeceği tartışmasının temelini soyutluk ilkesi oluşturmaktadır. Kambiyo senetleri kapsamındaki soyutluktan çıkartılabilecek en temel sonuçlardan birisi, senedin düzenlenme sebebine dair herhangi bir kayıt veya şart içermesinin mümkün olmamasıdır.<sup>1</sup> Fakat kıymetli evrak hukukunda hâkim ilkelerden biri olan soyutluktan ne anlaşılması gerektiğine yönelik öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun

<sup>1</sup> İsmet **Sayhan**, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 100.

sonucunda ise teminat amacıyla kambiyo senedi düzenlenmesinin hukuki nitelendirilmesinde görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Soyutluk ilkesinin farklı hukuk dallarında hangi anlamı ifade ettiği açıklanacaktır. Bu sayede kıymetli evrak hukuku anlamındaki soyutluk ilkesinin daha anlaşılabilir kılınması amaçlanmaktadır. Çalışmamızda medeni hukuk ve kıymetli evrak hukuku anlamında soyutluk ilkesinin içeriğinden ayrı ayrı bahsedilerek teminat senetlerinin soyutluk ilkesiyle olan ilişkisi açıklanmaya çalışılacak ve bu bağlamda kambiyo senedi metnindeki teminat kayıtlarının, soyutluk ilkesini zedeleyip zedelediğinin incelemesi yapılacaktır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK.) ve meri mevzuatta yasal bir düzenlemesi bulunmayan teminat senetlerinin, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında hukuki niteliğinin ve geçerliliğinin tartışması yapılacaktır.

Senedin kayıtsız şartsız belirli bir bedelin havalesini/ ödeme vaadini içermemesi durumunda, ortada geçerli bir kambiyo senedinin varlığından söz edilemez.<sup>2</sup> Dolayısıyla teminat kayıtlarının soyutluk ilkesiyle olan ilişkisine dair yapılacak hukuki tespitler, senedin kambiyo senedi olma vasfını yakından alakadar edecektir. Senet metni haricindeki bir protokolle de teminat senedi düzenlenebilmesi mümkündür.<sup>3</sup> Bu kapsamda çalışmamızda, teminat senedi düzenlemenin yöntemlerinden ayrı ayrı bahsedilecek ve her bir yöntemin kambiyo senedinin soyutluğuna olan etkisi tartışılacaktır.

## I. SOYUTLUK KAVRAMI

### A. Medeni Hukuk Anlamında Soyutluk

Borçlandırıcı işlemler kural olarak hukuki sebebe bağlı olmakla birlikte; taraflar borç sözleşmesinde hukuki işlemi, sebebinden ayırabilirler.<sup>4</sup> Bir diğer ifadeyle taraflar hukuki işlemi sebebinden soyut konuma getirebilirler. Nitekim 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK.) madde(m.) 18 gereği borç ikrarı, borçlanma nedenini içermese dahi hukuki geçerliliğe

<sup>2</sup> Bkz. poliçeler için TTK. madde 671/1-b, bonolar için TTK. madde 776/1-b ve çekler için TTK. madde 780/1-b.

<sup>3</sup> Merve **Sarıkaya**, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 21.

<sup>4</sup> **Sayhan**, s. 52.

sahiptir. Kazandırıcı işlemin hukuki sebepten bağımsız nitelikte olması “mücerretlik” veya eş ifadeyle “soyutluk” olarak tanımlanabilir.<sup>5</sup> Dikkat edilmelidir ki kastedilmekte olan sebebi olmayan borç tanımının değil; sebebi gösterilmeyen soyut borç tanımının geçerli olduğudur.<sup>6</sup> Borç doğuran akdın hukuki bir sebebe dayanması gerekmektedir.<sup>7</sup> Bu bağlamda soyutluk denildiğinde hukuki işlemin sebebinin, işlemin bir unsuru olmaktan çıkartıldığı ve şekli olarak da hukuki işlemde yer bulamaması anlaşılmalıdır.<sup>8</sup>

### 1. İspat Soyutluğunu Esas Alan Yaklaşım

TBK. m. 18’den soyutluk ile alakalı olarak ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar mezkûr maddenin temelini ispat soyutluğuna dayandırır.<sup>9</sup> Bu görüşe göre soyut borç ikrarı yapıldığı anda ispat yükü yer değiştirir ve borç tanımının bizatihi kendisi, alacağı ispat etmektedir.<sup>10</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 6 hükmü “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*” şeklindedir. Bu bağlamda ispat soyutluğu kavramı, ispat külfetinin taraflar arasında yer değiştirmesine neden olmaktadır. Borcun hukuki sebebinin bulunmadığını öne süren borçlu, sebepsizliği ispat etmekle mükelleftir.<sup>11</sup> Bahsi geçen görüş uyarınca soyut borç ikrarının asıl ilişkiden bağımsız yeni bir borç doğur-

5 **Sarıkaya**, s. 64.

6 Nurkut **İnan**, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969, s. 98; Andreas **von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 256-257.

7 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 195; **von Tuhr**, s. 256.

8 **Sayhan**, s. 52.

9 **Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri**, Tekinay Eşya Hukuku Cilt 1 Zilyedlik - Tapu Sicili - Mülkiyet, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.141; **Eren**, s. 205; **İnan**, s. 94.

10 **Sayhan**, s. 63-64.

11 **Sarıkaya**, s. 67.

mayacağı, sadece alacaklının lehine olarak muteber bir borç sebebinin varlığına karine teşkil edeceği kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Bu durumda hukuki sebebin mevcut olmadığının kanıtlanması borçluya düşmektedir.<sup>13</sup>

## 2. Maddi Soyutluğu Esas Alan Görüş

Maddi soyutluğu ön plana çıkaran bu görüş gereği mücerret borç senedi, yalnızca bir ispat vasıtası olmayıp aynı zamanda temel ilişkiden bağımsız bir borç da doğurmaktadır.<sup>14</sup> Buna göre sebebi gösterilmeyen borç tanınmasında bulunulmasıyla, asıl ilişki kaynaklı alacak hakkından bağımsız ve onunla yarışan yeni bir borç doğmuştur.<sup>15</sup> İkinci alacak birincinin ifasını hedef alan bir alacaktır.<sup>16</sup> Soyut borç tanınmasından kaynaklanan borcun sona erebilmesi için ibra edilmesi veyahut sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması gerekir.<sup>17</sup> Belirtmek gerekir ki bu görüşün hukukumuza da tezahür ettiği bazı yazarlar tarafından öne sürülmektedir.<sup>18</sup> TBK. m. 82/2 gereğince zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir. Ayrıca TBK. m. 77 uyarınca borçlunun sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı da bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bu dava sayesinde borçlu, sebepsiz olarak üstlendiği borçtan kurtulmasını ve senedin kendisine iadesini veya senedin iptalini talep

<sup>12</sup> Mehmet **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak Hukuku, 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 6; **Eren**, s. 206.

<sup>13</sup> **İnan**, s. 95-96.

<sup>14</sup> Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 207; **von Tuhr**, s. 259; **Bahtiyar**, s. 6; **İnan**, s. 99.

<sup>15</sup> **Sarıkaya**, s. 65. Burada ifa uğruna bir borç tanınmasından söz edilmektedir. TBK. m. 133 hükmünün gereği olarak taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde soyut borç tanımının asıl ilişkiyi sona erdirmemektedir.

<sup>16</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 208.

<sup>17</sup> Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 35.

<sup>18</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 209; **Sayhan**, s. 57; **Sarıkaya**, s. 65; İsmet **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, Akgün Matbaası, İstanbul 1957, s. 72.

<sup>19</sup> Rona **Serozan**/ Başak **Baysal**/ Kerem Cem **Sanlı**, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 532; Bir kısım yazarlara göre TBK'deki sebepsiz zenginleşmeye dair hükümlerin, soyut borç tanımının borç doğurucu nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için yeterli değildir. TBK m. 82/2 hükmü "*Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı*



edebilecektir.<sup>20</sup> Öğretideki bu görüş sebepsiz zenginleşmeye dair madde-lerin lafzından yola çıkarak, hukuki sebebin bulunmaması nedeniyle alacak hakkı batıl olsaydı, alacaklının haksız da olsa bir kazanımı söz konusu olamayacaktı yaklaşımını kabul etmektedirler.<sup>21</sup> Buradan çıkartılabilecek sonuç; hukuki sebepteki sakatlığın bizatihi kendisinin soyut borç tanımamasını geçersiz hale getirmedir.<sup>22</sup> Bunun temelinde ise borç tanınması ile doğan borcun, temel ilişkiden soyut ve bağımsız nitelikte oluşu yatmaktadır.<sup>23</sup> Fakat sebepsiz zenginleşme hükümleri saklıdır.<sup>24</sup>

---

*zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir.”* şeklinden ibarettir. İlgili hüküm ile alacaklının sebepsiz zenginleşmesi durumunda zamanaşımına uğramayan defi hakkı bahşedilmiştir. Fakat bu durum soyut borç tanımamasının, asıl borçtan ayrı ve bağımsız nitelikte olduğunu göstermez. TBK m. 18’in lafzı incelendiğinde soyut borç tanımamasının, asıl ilişkiden ayrı ve bağımsız nitelikte bir borç doğurduğu sonucu çıkarılamaz. Bkz. **Sayhan**, s. 67-68; **Sarıkaya**, s. 65; Naci **Kınacıoğlu**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1984, s. 101-102.

20 **Eren**, s. 207.

21 **İnan**, s. 96; **von Tuhr**, s. 260; **Oğuzman/Öz**, s. 209.

22 Öğretide bir kısım yazarlar Fransız hukukuna dayanan ve İsviçre’de kabul gören görüşü benimseyerek soyut borç ikrarıyla, maddi açıdan yeni bir hak doğmadığını savunmuşlardır. Buna göre soyut borç ikrarının da bir borç vaadi içermesi hasebiyle, asıl borcun birebir aynısını kuran borç sebebi oluşturmaktadır. Bu sebeple borçlu, artık sadece temel borç ilişkisi sebebiyle değil, aynı zamanda borç tanımamasından dolayı da borçlu sıfatındadır. Dolayısıyla soyut borç ikrarı sayesinde asıl ilişkiye dayanmadan alacağını talep ve dava edebilecektir. Buna göre soyut borç sözleşmesi ispat aracıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Eren**, s. 205; **Kınacıoğlu**, s. 101; TBK. m. 82/2 gereği haksız zenginleşme define sürekli bir karakter tanınmasının, dolaşım güvenliği uğruna hukuki sebepten soyut borç ikrarı esasının benimsendiği görüşü için bkz. **Serozan ve diğerleri**, s. 531.

23 İnan’a göre TBK’deki sebepsiz zenginleşme hükümleri, Alman hukuku sisteminin kabul edildiğinin bir nişanesidir. Yorum yolu ile kanun hükmünün ilgasının mümkün olmayacağını savunan yazar, TBK. m. 82/2’nin uygulanabilmesi için mücerretliğin kabulünün gerektiğini savunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. **İnan**, s. 99; Geçersiz bir borçlanma ile ne hukuken bağlayıcı bir borçlanma ne de herhangi bir zenginleşmenin söz konusu olamayacağı ve fakat piyasa güvenilirliği açısından soyut borçlanmanın kurucu ve bağlayıcı olduğu, buna bağlı olarak haksızlıkları düzeltme görevinin sebepsiz zenginleşme define kaldığı görüşü için bkz. **Serozan ve diğerleri**, s. 531.

24 Tarafların kararlaştırılması halinde, hukuki sebebi bir şart olarak borç vaadine dahil edebilirler. Bu sayede borç vaadinin hükümsüzlüğü kabul edilebilir. Faka hukuki sebep, borç vaadinden dışlandığı taktirde; yani soyut bir borç ikrarının varlığı halinde hükümsüzlük değil, sebepsiz iktisap hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. **İnan**, s. 100.

### 3. Medeni Hukuk Anlamındaki Soyutluğun Hukukumuzdaki Tezahürü

İzah edilen her iki görüş kapsamında da sebebi gösterilmeyen borç tanınmış olması halinde alacaklı bunun sebebini belirtmek ve ispat etmek mecburiyetinde kalmadan alacağını takip edebilir. Ancak borçlu, borç tanımada bulunduğu tarihte ilgili borcun muteber bir sebebinin bulunmadığını öne sürerek ifadan kaçınabilmektedir.<sup>25</sup> Belirtmek gerekir ki alacak bir üçüncü kişiye devredilmiş ise iyi niyetli üçüncü kişileri koruyan hükümler saklıdır.<sup>26</sup> Bu durumun en tipik örneği ise para ve hamiline yazılı senetlerin malik olmayan bir kişiden iyiniyetle iktisap edilmesi halidir.<sup>27</sup> İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kimse, iyiniyetli olduğunu ispat etmek mecburiyetinde değildir. İspat yükü, üçüncü kişinin iyiniyetli olmamasından dolayı yarar sağlayacak olan taraftadır.<sup>28</sup>

Soyutluk ile alakalı olarak bahsedilen iki görüş arasında, uygulama bakımından en önemli fark, soyut borç tanımalarının muteber bir sebebi olmadığından dava dosyasından anlaşılması halinde hakimin bunu kendiliğinden dikkate alıp alamamasında görülür. Sebepsiz zenginleşme söz konusu ise hakim bu durumu kendiliğinden göz önüne alamayacaktır.<sup>29</sup> Bu durumun borçlu tarafından öne sürülmesi gerekmektedir.<sup>30</sup> Fakat muteber bir sebebin bulunmamasının borç tanımalarını hukuken geçersiz kıldığı kabul edildiği takdirde, hakim bu durumu kendiliğinden göz önüne alabilecektir.

Kanaatimizce, medeni hukuk anlamında mücerretlik kavramından anlaşılması gereken yalnızca ispat soyutluğudur. TBK. m. 18 hükmü lafzından, soyut borç tanımısından yeni ve bağımsız bir borcun doğduğunun

<sup>25</sup> Oğuzman/Öz, s. 210.

<sup>26</sup> Bkz. TBK. m. 19/2, TTK. m. 593, m.59; Belirtmek gerekir ki iyi niyetli kişilerin her zaman için korunduğu zannedilmemelidir. İyiniyet ancak kanunun öngördüğü durumlarda koruyucu rol üstlenir. İyiniyet kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 246-252.

<sup>27</sup> Oğuzman/Barlas, s. 252; Ayrıca yasal dayanağı için bkz. TMK. m. 990.

<sup>28</sup> Oğuzman/Barlas, s. 258.

<sup>29</sup> Oğuzman/Öz, s. 209-210.

<sup>30</sup> "...Borç ikrarını içeren bir belge aleyhine kanıt sunulabilir. Ancak; ikrar borcun nedenini içeriyorsa, sadece bu nedenin gerçekleşmediğinin kanıtlanması gerekir..." Yarg. İBK., E. 1933/30, K. 1933/6, 12/04/1933, (Oğuzman/Öz, s. 211).

çıkartılabilmesi olanaklı değildir.<sup>31</sup> İlgili madde de sebebi olmayan borç tanınmasının geçerliliğini koruyacağından değil; sebebi var olan, fakat teşhir edilmeyen borç tanımlarının geçerli kabul edileceğinden bahsedilmektedir.<sup>32</sup> Ayrıca sair madde hükümleri ve kanunlarda da soyut borç tanınmasının, asıl ilişkiden bağımsız nitelikte olduğunun tespitine yarayacak bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>33</sup> TBK. m. 82/2 hükmünün, soyut borç tanınmasının bağımsız bir borç oluşturduğunun kanıtı olduğuna dair yapılan tespitler de kanaatimizce isabetli değildir. İlgili madde metni incelendiğinde görülecektir ki; sebep içermeyen borç tanınmasının, bağımsız nitelikte borç doğurduğuna dair bir çıkarım yapılamaz.<sup>34</sup> Anılan hüküm ile alacaklının sebepsiz zenginleşmesi ihtimaline karşın borçluya devamlı bir defi hakkı tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, tarafların yeni ve bağımsız bir borç doğacağı hususunda anlaşmaları durumunda, soyut borç tanınmasının borç doğrucu nitelikte olabilmesi de mümkündür.

## B. Kıymetli Evrak Hukuku Anlamında Soyutluk

Kıymetli evrak hukuku kapsamında soyutluktan ne anlaşılması gerektiği hususu, medeni hukukta olduğu gibi tartışmalıdır.

Her bir kambiyo senedi türü için ayrı ayrı düzenlenmiş olan “belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi/ödeme vaadi

31 Başta objektif tarihi yorum metodu olmak üzere kanun yorum metotları hakkında detaylı bilgi için bkz. Hüseyin **Altaş**, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 202-206.

32 Bkz. **İnan**, s. 98.

33 Benzer bir durum olarak, temlike konu alacak muvazaalı bir sözleşmeye dayanması durumunda hiç doğmamış sayılmasına rağmen, TBK. m. 19/2 gereği temlik alan üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Ali Şafak ve diğerleri**, Alacağın Temliki (Devri) Özel Görünüş Biçimleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 44.

34 von Tuhr'a göre, soyut borç sözleşmesinden kaynaklanan iade talebinin alacaklıya yöneltilmesi gerekmektedir. Çünkü sebepsiz zenginleşmeye dayanan defi, alacağına bağlı kalmaktadır. Mücerret alacak ciro ile devredilen veya hamiline bir senette mündemice bulunduğu takdirde durum aynı şekilde olmayacaktır. Kambiyo senetleri kapsamında sebepsiz zenginleşme defi kural olarak yeni alacaklıya karşı ileri sürülemez. Buna göre kambiyo alacağı, borç tanınması ile oluşan alaktan daha soyuttur. Bu görüş hakkında bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 35.

içermesi’’ şartı, soyutluğun kanuni tanımıdır.<sup>35</sup> Dolayısıyla kambiyo alacağıнын sebebiyle alakalı kayıtların senet metninde gösterilmesi, senedin kambiyo senedi sıfatını kaybetmesine yol açacaktır.<sup>36</sup> Bir diğer ifadeyle kıymetli evrakta soyutluk, senet metninde hukuki sebebin açıklanmaması durumu olarak da ifade edilebilir.<sup>37</sup> Sebebini göstermeyen ve renksiz nitelikte olan kambiyo senetleri, hukuki geçerlilik bakımından temel ilişkiden de bağımsızdır.<sup>38</sup>

Kambiyo senetlerinde borcun konusu belirli bir miktar paranın kayıt ve şart içermeyen ödenmesidir.<sup>39</sup> Buradaki kayıtsız ve şartsız havale/ödeme vaadi, soyutluk ilkesine tekabül etmektedir. Kanun koyucu her bir kambiyo senedi türü için TTK. m. 671, m. 776 ve m. 780’de içermeleri gereken zorunlu unsurlar sıralamıştır. Kanunda öngörülen kayıtsız ve şartsız olma özelliği sebebiyle kambiyo senetleri, hukuki sebeplerine dair bir şart ve kayıt içeremezler. Dolayısıyla mücerretlik kavramının kambiyo senetleri için zorunlu bir unsur olduğu söylenebilir. Zira kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tabi olup ilgili şartlara uygun olmadıkları takdirde senet kambiyo senedi vasfını kazanamaz.<sup>40</sup>

Kıymetli evrakın bazı çeşitlerinde yer alan hak, ilk defa senedin düzenlenmesiyle doğmaktadır.<sup>41</sup> Daha evvelinde var olmayan bir hakkın hukuki varlık kazanmasından dolayı bu neviden senetlere kurucu kıymetli

35 **Sayhan**, s. 71; Bkz. poliçeler için TTK. m. 671/1-b, bonolar için TTK. m. 776/1-b ve çekler için TTK. m. 780/1-b.

36 **Sayhan**, s. 72.

37 **Hüseyin Ülgen ve diğerleri**, Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 101.

38 **Poroy/Tekinalp**, s. 29; Ersin **Çamoğlu**, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 34; Hasan **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 19.

39 **Pulaşlı**, s. 118; Yavuz **Süphandağ**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 26; **Ülgen ve diğerleri**, s. 106.

40 **Sayhan**, s. 100.

41 Bir hak kıymetli evraka bağlanmakla doğuyorsa kıymetli evrakın yaratıcı etkisinden söz edilebilir. Kambiyo senetleri bu durumun en somut örneğidir. Detaylı bilgi için bkz. **Bahtiyar**, s. 16; Tamer **Bozkurt**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 63.

evrak denmektedir.<sup>42</sup> Kurucu kıymetli evrak, doğumuna neden olan hukuki olaydan ve asıl ilişkiden bağımsızdır.<sup>43</sup>

Soyutluk ilkesinin bir gereği olarak senedin hangi borç ilişkisi kapsamında düzenlendiği anlaşılamaz.<sup>44</sup> Dolayısıyla kambiyo senetleri alt ilişkiden koparılmış mücerret senetlerdir.<sup>45</sup> Ve yine kambiyo senetlerinin mücerret senetler olmasının bir sonucu olarak senet bedelini talep hakkı, alt ilişkiden bağımsız olarak devredilebilir.<sup>46</sup>

Öğretide tartışma konusu olan husus, kambiyo senedi düzenlenmesi ile temel ilişkiden bağımsız bir alacak hakkının doğup doğmadığıyla alakalıdır. Bu bakımdan iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki kambiyo taahhüdü ile tanımlanan borcun kurucu nitelikte olduğu; dolayısıyla kambiyo senedinin geçerliliğinin, asıl ilişkinin muteberliğine bağımlı olmadığını savunan görüştür.<sup>47</sup> Diğeri ise, kambiyo senedinden doğan havalenin/ödeme vadinin hukuki geçerliliğini, temel borç ilişkisinin muteberliğine bağlı olduğunu savunan yaklaşımdır.<sup>48</sup>

### 1. Kambiyo Taahhüdüyle Tanımlanan Borcun Kurucu Nitelikte Olduğu Yaklaşımı

Maddi soyutluğu esas alan görüşe göre kambiyo senetlerinde soyutluktan anlaşılması gereken, kambiyo taahhüdü ile tanınan borcun kurucu nitelikte olduğudur.<sup>49</sup> Bunun sonucunda ise senedin içerdiği hak, senet ile doğmaktadır.<sup>50</sup> İkinci olarak kambiyo senedinde mündemiç olan hak;

42 Abuzer **Kendigelen**/İsmail **Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 25.

43 **Pulaşlı**, s. 40.

44 Fırat **Öztaş**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 173.

45 **Bozkurt**, s. 137.

46 **Bahtiyar**, s. 9.

47 Maddi soyutluk görüşü ile alakalı detaylı bilgi için bkz. **Bahtiyar**, s. 7-8.

48 **Kınacıoğlu**, s. 99-102; **Sarıkaya**, s. 66-72.

49 **Ülgen ve diğerleri**, s. 27; **Kendigelen/Kırca**, s. 126; **Bozkurt**, s. 137; **Süphandağ**, s. 44.

50 Kıymetli evrak hukukunda, hakkın doğduğu ana ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Kresyon teorisine göre kıymetli evrakın tanzimi itibarıyla hak doğmaktadır. Akit teorisine göre senedin teslimi ile doğmaktadır. Son olarak hukuki görünüş teorisine göre ise kıymetli evrakı tanzim eden kişinin iradesini aşarak hukuki görünüşe sebep olan kimsenin buna katlanması gerektiği yönündedir. Bu konu hakkında bkz. Ali **Bozer**/ Celal **Göle**, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Banka ve

mevcudiyet, içerik ve devredilebilirlik bakımından asıl ilişkiden bağımsız niteliktedir.<sup>51</sup> Bu sebeple temel ilişkideki hukuki sakatlıklar kambiyo taahhüdünün geçerliliğine olumlu veya olumsuz yönde tesir edemeyecektir.<sup>52</sup> Kambiyo taahhüdü asıl ilişkideki sakatlıklardan etkilenmeyerek hukuki varlığını sürdürecektir.<sup>53</sup> Daha açık bir ifadeyle, kambiyo senetlerinin mevcudiyeti ve geçerliliği, temel borç ilişkisinin varlığına ve hukuki geçerliliğine bağlı değildir.<sup>54</sup> Burada kastedilmekte olan kambiyo senedinin varlığının herhangi bir temel ilişkiye dayanmaması hali değildir. Taahhüdün mutlaka bir nedeni bulunmaktadır; ancak bu neden senet metninde gösterilmemiştir.<sup>55</sup> Ve yine maddi soyutluğun bir gereği olarak da kişisel defiler, senedi iyi niyetle devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir.<sup>56</sup> Ancak bu durum, soyut borç ikrarının aynı zamanda bir ispat vasıtası olduğu gerçeğini de değiştirmez.<sup>57</sup> Dolayısıyla kambiyo senetleri soyutluğun her iki yönüne de haizdir.

Kambiyo alacağının bağımsız olmasının özünde, asıl ilişki hiç olmasa dahi, kambiyo alacağının geçerliliğini sürdüreceği yaklaşımı bulunmaktadır. Bu bağlamda temel ilişki mevcut olmasa da kambiyo alacağı geçerli bir şekilde mevcudiyetini sürdürebilir.<sup>58</sup> Bağımsızlığın ikinci gerekçesi ise hem kambiyo alacağının hem asıl ilişkiden kaynaklanan alacağın ayrı ayrı devredilebilmesidir.<sup>59</sup> Bu sebeple her iki alacak hakkı, tek bir alacaklı uhdesinde kalmak zorunda değildir. Münferiden tedavül edilmeleri de mümkündür. Dolayısıyla kambiyo senedinin taraflar arasından çıkıp üçüncü bir kişiye ciro edilmesi durumunda yeni hamil, asıl alacağın da sahibi olamaz.

---

Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s. 23-27; **Kendigelen/Kırca**, s. 77-82.

51 **Kınacıoğlu**, s. 99; **Sayhan**, s. 113.

52 **Sarıkaya**, s. 66.

53 Borçlu açısından temel ilişkinin mevcut olmadığı ya da geçersiz olduğu iddiasına dayanılarak sebepsiz zenginleşme defini ileri sürme fırsatına her zaman için sahip olduğu görüşü için bkz. Adolf **Baumbach**/ Wolfgang **Hefermehl**, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22. Baskı, C.H. Beck, München 2000, N. 38.

54 **Kendigelen/Kırca**, s. 126.

55 **Ülgen ve diğerleri**, s. 101.

56 **Ülgen ve diğerleri**, s. 102.

57 **Eren**, s. 206.

58 **Sayhan**, s. 114.

59 **Sayhan**, s. 115.

Aynı şekilde temel alacağın temlik edilmesi durumunda bu kişi kambiyo alacağının sahibi olamayacaktır.<sup>60</sup>

Buna karşın, kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ispat soyutluğunu benimseyen yazarlar, kambiyo taahhüdü ile kurucu bir borç tanınması yapıldığına kanaat getirmemektedirler.<sup>61</sup>

## 2. Temellerini İspat Soyutluğuna Dayandıran Görüş

Bu görüş gereği sebebi gösterilsin veya gösterilmesin borç akdinin hukuki geçerliliği, muteber bir hukuki sebebin var olmasına bağlıdır.<sup>62</sup> Borç tanınmasının altında bir hukuki sebebin bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir.<sup>63</sup> Bu yaklaşımın, maddi soyutluğun benimsendiği görüşten farkı; kambiyo taahhüdü altına girilmesiyle hukuki geçerlilik açısından temel borç ilişkisine bağlı yeni bir borcun ortaya çıkmasıdır.<sup>64</sup> Dolayısıyla alacak hakkının kambiyo taahhüdü vasıtasıyla meydana geldiği söylenebilir.<sup>65</sup> İzah edilmek istenen husus kambiyo taahhüdünün ihdasi nitelikte olmadığı, diğer bir ifadeyle kambiyo taahhüdüyle asıl borç ilişkisine “bağlı” yeni bir borcun ortaya çıkışıdır.<sup>66</sup> Buna göre kambiyo senetlerinin mücerretliği yalnızca ispat soyutluğundan ibarettir.<sup>67</sup> İlgili görüş kapsamında maddi soyutluk dışlanmıştır. Fakat bu durum yalnızca keşideci ve lehtar arasında geçerlilik arz etmektedir. Senedin ciro ve teslim yoluyla

<sup>60</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Sayhan**, s. 112-117.

<sup>61</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 67; **Poroy/Tekinalp**, s. 36; **Ülgen ve diğerleri**, s. 101; **von Tuhr**, s. 258.

<sup>62</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 35; **Kınacıoğlu**, s. 100.

<sup>63</sup> **Sarıkaya**, s. 67.

<sup>64</sup> Domaniç’e göre kambiyo senetleri kurucu nitelikte bir alacak hakkı ihtiva etmemektedirler. Kambiyo senetlerinde mündemiç olan hak açıklayıcı niteliktedir. Kambiyo senedi tanzim edilebilmesi için mevcut bir hakkın varlığı gerekmektedir. Mevcut hak, kambiyo senedinin hukuki sebebinin oluşturur. Buna göre kambiyo senetlerine kurucu nitelik yüklenmesi doğru bir yaklaşım değildir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Hayri **Domaniç**, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi 4, Temel Yayınları, İstanbul 1990, s. 86-87.

<sup>65</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 36.

<sup>66</sup> **Sarıkaya**, s. 67.

<sup>67</sup> **Kınacıoğlu**, s. 103.

üçüncü kişiye intikalinin sağlanması halinde, temel borç ilişkisinden kaynaklanan defiler bu kişilere karşı öne sürülemeyecektir.<sup>68</sup> Fakat asıl ilişkinin bulunmaması veyahut butlanla malul olması durumunda borçlu, doğrudan doğruya münasebet içinde olduğu senet hamiline karşı şahsi defileri ileri sürebilir.<sup>69</sup>

Borçlu, kendisi ile doğrudan münasebette bulunduğu kişiye karşı temel ilişkideki sakatlıkları ileri sürme fırsatına sahiptir.<sup>70</sup> Kambiyo senetlerinde mündemiç hakkın ihbari nitelikte olduğunu savunan bu görüşe göre, tarafları kambiyo senedi düzenlemeye teşvik etmekte olan temel ilişki, esasen mevcudiyetini korumaktadır.<sup>71</sup> Kambiyo senedi vasıtasıyla yalnızca temel ilişki açıklanmaktadır.<sup>72</sup> Dolayısıyla ilgili görüşe göre kambiyo taahhüdüyle bağımsız bir borç altına girildiği söylenemez. Kambiyo senedi tanzim edilmesi, asıl ilişkiden kaynaklanan hakka, tedavül açısından kolaylık kazandırılması ihtiyacının bir tezahürüdür. Bu bağlamda hakkın adi borç özelliğinden sıyrılarak kıymetli evrak hukuku alanına girmesi, temel ilişkiyi ortadan kaldırmamaktadır.<sup>73</sup>

Hukukumuzda ise kambiyo senetlerinde mücerretlik, ispat soyutluğu ve maddi soyutluk ile açıklanan bir üst kavram niteliğindedir.<sup>74</sup>

---

68 Kınacıoğlu'na göre Türk Hukukunda İsviçre'de olduğu gibi soyut borç ikrarı yalnızca ispat soyutluğundan ibarettir. Kambiyo senetlerinde de durumun farklı olmadığını savunan yazar, kambiyo taahhüdünün asıl borç ilişkisinden müstakil olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla doğrudan doğruya ilişki içerisinde bulunmayanlar arasında şahsi defiler dermeyeran edilememektedir. Bkz. **Kınacıoğlu**, s. 102; **Altaş**, s. 259.

69 **Kınacıoğlu**, s. 103.

70 Hayri **Domaniç**, Kıymetli Evrak Hukuku, İkinci Baskı, Eğitim Yayınları, İstanbul 1975, s. 15.

71 **Sayhan**, s. 116.

72 Kınacıoğlu'na göre, İsviçre'de kambiyo taahhütleri, Alman hukukunda olduğu gibi maddi anlamda soyut kabul edilmemektedir. Bilakis illi ve fakat Fransız sisteminde olduğu gibi asıl borç ilişkisinden müstakil bir borcu içerirler. Bkz. **Kınacıoğlu**, s. 101.

73 **Sayhan**, s. 117.

74 **Sarıkaya**, s. 67.



### 3. Kambiyo Senetlerindeki Soyutluk İlkesinin Yasal Düzenlemelerimizdeki Tezahürü

Kambiyo senetlerinin içeriğinde taahhüdün sebebi gösterilmemektedir. Fakat bu senetlerin düzenlenmesine dayanak olan hukuki bir sebep mutlaka bulunmaktadır. Ayrıca kambiyo senetlerinde metin üzerinde asıl ilişkiye dair açıklama yapılmamaktadır. Çünkü kambiyo taahhüdünün asıl ilişki ile ilintilendirilmesi senedin geçerliliğine tesir ederek hükümsüzlük sonucunu doğurur.<sup>75</sup> Dolayısıyla hamil, alacak talebini yalnızca senede dayandırabilir. Ayrıca kambiyo taahhüdünün sebebini ispat etmekte zorludur.<sup>76</sup> Dolayısıyla kambiyo senetleri ispat soyutluğuna da hazirdir.<sup>77</sup> Senetteki borcun hukuki bir sebebinin olmadığını öne süren borçludan sebepsizlik iddiasını ispat etmesi beklenmektedir.<sup>78</sup> İspat soyutluğuna ek olarak; kambiyo senedinin ciro ve zilyetliğin devri ile iyiniyetli üçüncü kişiye geçmesi durumunda bu kişinin iktisap ettiği hak açısından maddi soyutluk söz konusudur.<sup>79</sup> Buna göre ispat soyutluğu, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuruyorsa; maddi soyutluk da asıl ilişki-den kaynaklanan şahsi defilerin senedi iyi niyetle devralan üçüncü kişilere karşı öne sürülmesini engellemektedir.<sup>80</sup> İstisnai olarak hamilin senedi iktisap ederken bilerek borçlu zararına hareket ettiği durumlarda, şahsi defilerin üçüncü kişi hamile karşı ileri sürülebilmesi mümkündür.<sup>81</sup>

Kanaatimizce kambiyo senetlerinin mücerretliğinin, yalnızca ispat soyutluğundan ibaret olduğunun kabul edilmesi hatalı olacaktır.<sup>82</sup> Kambiyo

<sup>75</sup> Ülgen ve diğerleri, s. 101.

<sup>76</sup> Ülgen ve diğerleri, s. 101-102.

<sup>77</sup> Kambiyo senetleri bakımından soyutluk kapsamında alacağın var olmadığını ispat yükünün borçluya ait olduğunu ve ayrıca temel ilişki-den kaynaklanan sakatlıkların senedin muteberliğini etkilemediğine dair görüş için bkz. **Baumbach/Hefermehl**, Art. 17, 67.

<sup>78</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 35.

<sup>79</sup> **Bozer/Göle**, s. 68-69; **Kendigelen/Kırca**, s. 103; **Poroy/Tekinalp**, s. 36.

<sup>80</sup> **Altaş**, s. 311-314.

<sup>81</sup> **Öztaş**, s. 235; **Bozer/ Göle**, s. 70; **Özgür Doğan**, Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 59-61; ayrıca bkz. TTK. m. 659/2; 825/2.

<sup>82</sup> Bir görüşe göre ise taraflar soyutluğa hangi anlamı atfetmek isterlerse o hususta anlaşarak borç tanımmasının çerçevesini belirleme imkanına sahiptir. Bu görüşe göre TBK. m. 18 renksizdir. Mezkur madde borç tanımmasının anlaşılması gerektiğine dair açıklık içermemektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Alfred

senedi tanzim edilmesiyle asıl ilişkiden bağımsız ve kurucu nitelikte bir alacak hakkı elde edilmektedir. Kayıtsız şartsız havale/ödeme vaadi prensibi, senedin dolaşıma çıkarılması gayesini de örtecek şekilde bir kayıtsız şartsız anlaşmayı ifade etmemektedir.<sup>83</sup> Çünkü senet, kural olarak hali hazırda hukuki bir ilişki kapsamında düzenlenmektedir. Dolayısıyla kambyo borcu da esasında bir sebebe dayanmaktadır. Bu kapsamda kambyo senedi düzenlenmesinin hukuki sebebinin tespitinin doğru yapılması elzemdir. Teknik anlamıyla hukuki sebep, hukuki işlem ile tarafların üzerinde anlaşmış oldukları en yakın amaçtır.<sup>84</sup> Bu manada asıl borç ilişkisi, kambyo borcunun hukuki sebebi sayılamaz.<sup>85</sup> Kambyo borcunun bir hukuki sebebi olmakla birlikte, bu durum asıl borç ilişkisinden ayrıdır. Kambyo senedi, keşideci ve lehtar arasında asıl ilişkiden kaynaklanan borcun ifasını sağlamak amacıyla düzenlenir. Fakat bu düzenlemenin hukuki sebebi tedavül anlaşmasıdır.<sup>86</sup> Dolayısıyla kambyo senedinin hangi maksatla verildiğinin tespit edilmesi için tedavül anlaşması incelemeye alınmalıdır. Çünkü kambyo senetlerinin hukuki sebebi bakımından belirleyici husus taraf iradeleridir.

Kambyo senetlerine mahsus tedavül anlaşması ve temel ilişki arasında bağlantı kurabilmek adına üç ihtimal dikkate alınmalıdır.<sup>87</sup> İlk olarak kambyo senedi, bir borcun yerine geçecek şekilde düzenlenmiş olabilir. Taraflar asıl borcu sonra erdirerek veya asıl borcu değiştirerek ifa yerine edim hususunda mutabık kalırlarsa; bu durumda tedavül anlaşması asıl borcun ifasına yönelik bir mutabakattan ibarettir.<sup>88</sup> Bu durumda kambyo taahhüdüne girişilmesiyle, asıl borç ilişkisi ifa edilmişçesine sona erer.<sup>89</sup>

---

**Hueck/Claus Wilhem Canaris**, *Recht der Wertpapiere*, 12. Bası, Vahlen, Münih 1986, s. 44.

83 **Sayhan**, s. 73.

84 **İnan**, s. 16; **Sayhan**, s. 93; **Sarıkaya**, s. 3.

85 **İnan**, s. 17.

86 Tedavül anlaşmasının, kambyo senedinin hukuki sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceğine dair çeşitli görüşler için bkz. **Sayhan**, s. 89-99.

87 İfa yerine, ifa uğruna ve teminat amacıyla senet düzenlenmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bahtiyar**, s. 50-51; **Sayhan**, s.74; Abuzer **Kendigelen**, *Çek Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 127; **Sarıkaya**, s. 9-12.

88 **Sayhan**, s. 87.

89 **Bahtiyar**, s. 50.

Başka bir ihtimal olarak teminat amacıyla kambyo senedi verilmiş olabilir. Bahsi geçen iki durumun haricinde, ifa uğruna kambyo senedi düzenlenmiş olabilir.<sup>90</sup> TBK. m. 133/2 hükmüyle de sabit olduğu üzere aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça kambyo senedinin dolaşıma çıkarılması ifa uğrunadır.<sup>91</sup>

Kambyo borcunun bir hukuki sebebi olmakla birlikte, bu durum asıl borç ilişkisinden ayrıdır. Tedavül anlaşması, yarışan iki hak yaratacak şekilde, asıl borcun ifası uğruna kambyo senedi tanzim edilmesini öngörüyorsa, bu durumda tedavül anlaşması bağımsız borçlandırıcı sözleşme niteliğinde olacaktır. Kambyo alacağının hukuki sebebi taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe ifa uğruna yapılmasıdır. Buna bağlı olarak kambyo senedi sayesinde asıl ilişkiden kaynaklanan borç yenilenmemekte, bağımsız ve müstakil bir alacak doğmaktadır.<sup>92</sup> Dolayısıyla asıl borç ilişkisi, senetteki kambyo borcunun hukuki sebebi olarak kabul edilemez.

Belirtmek gerekir ki taraflar farklı amaçlara ulaşmak için kambyo senedi düzenleyebilirler. Kambyo borcunun herhangi bir hukuki sebebi olmakla birlikte, bu sebep belirtildiği üzere asıl ilişkiden farklı olabilir. Bu kapsamda lehtara kredi oluşturabilmek için düzenlenen hatır senetleri, teminat senetleri, ifa veyahut bağışlama amacı örnek teşkil edebilir.<sup>93</sup> Taraflar ifa uğruna edim oluşturması için tedavül anlaşması yaparlarsa; bu durumda kambyo borcunun sebebi asıl ilişki değil, tedavül anlaşmasıdır.<sup>94</sup> Dolayısıyla kambyo senedinin doğması için başka bir hukuki se-

---

90 Haluk Nami **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, Nisan 2022, 160-161.

91 **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 126; **Poroy/Tekinalp**, s. 143; **Oğuzman/Öz**, s. 209; TBK. m. 133 “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur. Özellikle mevcut borç için kambyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz*”.

92 Tarafların borçlunun ifa yerine geçen bir edada mı, yoka ifa uğruna bir edada mı bulunmasını istedikleri kat’i surette tespit etmek mümkün olmadığı taktirde, ifa uğruna bulunma isteği kabul edilecektir. İfa yerini tutan (ifa yerine geçen) eda ancak tarafların borcu derhal ifta etmek hususundaki iradelerinin sübutu halinde kabul edilir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz, **von Tuhr**, s. 472.

93 Detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 3-7.

94 **Sayhan**, s. 93-94.

bebe ihtiyaç duyulmaz. Kambiyo senedi tanzim edilebilmesi için, tarafların senedin belirli bir alacağın ifasına hizmet etmesi noktasına anlaşma sağlaması ve yasa koyucu tarafından belirlenen şekil şartlarına riayet edilmesi yeterlidir. Dolayısıyla kambiyo senetlerinin mücerretliği, kanaatimizce ispat mücerretliğinden ibaret değildir. Çünkü kambiyo taahhüdü ile, asıl ilişkiden bağımsız bir alacak hakkı doğmaktadır. Taraflar temel ilişkiyi ortadan kaldırırsa dahi kambiyo senedinin geçerliliği doğrudan etkilenmez. Bu durum, kambiyo senetlerinin daha evvelinde mevcudiyeti bulunan bir hakkı açıklayıcı nitelikte değil, aksine ihdas edici nitelikte olduğunu göstermektedir.

Son olarak şahsi defilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmemesi hususunun, kambiyo senetlerinin hangi özelliğinin bir sonucu olduğu öğretide tartışma konusudur. Bir görüşe göre, kambiyo senedi ancak üçüncü kişinin eline geçtiği anda mücerret hale gelir.<sup>95</sup> Bu bağlamda kesin ve tam mücerretlik kambiyo senedinin üçüncü kişiye geçmesi durumunda, yani şahsi defilerin ileri sürülme imkânının kalmaması durumunda oluşmaktadır. Senedin mücerretlik kazanmasının, ciro vasıtasıyla üçüncü kişiye geçmesi anında olduğunu savunan bu görüşe göre; senet, temel ilişkinin tarafları arasında kaldığı taktirde şahsi defiler ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla bu görüş, senedin temel ilişkinin tarafları arasında mücerret sayılmadığını, kambiyo senedinin üçüncü kişiye ciro edilmesi durumunda soyutluk özelliğini kazanacağını ve son olarak üçüncü kişilere karşı şahsi defi dermeyan edilememesi durumunun soyutluk ilkesiyle açıklanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>96</sup>

Üçüncü kişilere karşı şahsi defi dermeyan edilememesini, soyutluk ilkesinin bir sonucu olarak kabul eden görüş kanaatimizce isabetli değildir. Kıymetli evrak, taraflar arasında dahi mücerret olarak kabul edilmelidir.<sup>97</sup> Daha evvelinde de ifade edildiği üzere soyutluk ilkesi özünde senet metninde asıl ilişkinin gösterilmiyor olmasından ibarettir. Kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi/havalesi vaadi unsurunun varlığından söz edilebildiği taktirde, senedin soyutluğu tesis edilmiş demektir.

<sup>95</sup> **Çamoğlu**, s. 29; **Ülgen ve diğerleri**, s. 102; **Poroy/Tekinalp**, s. 37; Aksi görüş için bkz. **İnan**, s. 108.

<sup>96</sup> **Pulaşlı**, s. 77; **Poroy/Tekinalp**, s. 36-37; **Kınacıoğlu**, s. 101-102; **Ülgen ve diğerleri**, s. 103.

<sup>97</sup> **Sayhan**, s. 110; **İnan**, s. 108-109; **Sarıkaya**, s. 72.

Belirli bir bedelin ödenmesi/havalesi vaadi unsuru bulunduğu takdirde senet, keşideci ve lehtar arasında da soyutluk vasfına haizdir.<sup>98</sup> Buna ek olarak kambiyo senetlerinin soyutluğu, sebepsiz bir zenginleşmeye göz yumulmasını gerektirecek kadar asıl ilişkinin dışlanmasını içermemektedir.<sup>99</sup> Senedin asıl ilişki tarafları arasında mücerret olduğunun kabul edilmesinin, sebepsiz zenginleşmenin yasaklandığı TBK. m. 77 hükmünü bertaraf edilebileceği anlamına gelmez. Bu sebeptendir ki şahsi defilerin üçüncü kişi senet hamiline karşı ileri sürülememesi hususu mücerretlik kavramından daha çok kamu güvenliğine mazhar olma kavramıyla ilişkilidir.<sup>100</sup> Yazı ile sorumluluk prensibi uyarınca hamil, cirantanın sahip olduğu hakkı değil senette mündemiç olan kambiyo alacağını iktisap etmektedir.<sup>101</sup> Bu sayede senedin tedavül kabiliyeti artırılmakta ve dolayısıyla üçüncü kişilerin senet metnine duydukları güven korunmaktadır.<sup>102</sup> Sonuç olarak kambiyo senetleri kapsamında üçüncü kişilere karşı defi dermeyanın ileri sürülemediği olmasının, senedin soyutluğundan ziyade kamu güvenliğine mazhar olması ile bir ilgisi bulunmaktadır.<sup>103</sup>

98 Temel ilişkideki eksikliklerin şahsi defi teşkil ettiğini, şahsi defilerin ancak temel ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebileceğini ve buna bağlı olarak senedin taraflar arasında soyut olmadığına dair görüş için bkz. Ersin **Çamoğlu**, “Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 35, S. 3, 2019, s. 18-22.

99 **Sayhan**, s. 110.

100 **Öztan**, s. 172; **Bahtiyar**, s. 8.

101 **Sarıkaya**, s. 71.

102 Kınacıoğlu'na göre şahsi defilerin ileri sürülememesinin nedenini kamu itimatına mazhar olmak kavramıyla açıklanması yanlıştır. Zira kamu, şahsi defiler ileri sürülemediği için ticari senetlere güven duymakta olup, şahsi defilerin ileri sürülememesi kamu güveninden doğmamaktadır. Bkz. **Kınacıoğlu**, s. 102; Tekinalp, Kınacıoğlu ile aynı kanaattedir. Tekinalp'e göre senet alacaklısı, asıl ilişkiden kaynaklanan defiler kendisine karşı ileri sürülemeyecekse kambiyo senedine güven duyar. Fakat bu güvenin tesis edilmesini sağlayan husus senedin soyutluğudur. Zira senedin uhdesindeki hak ile asıl ilişkiden doğan hak birbirinden ayrı tutulduğu taktide güven duygusu oluşacaktır. Dolayısıyla bu güven olgusunu oluşturmanın hukuki yolu kıymetli evrakın mücerret olmasıdır. Bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 36.

103 Üçüncü kişinin bile borçlu zararına hareket ettiği durumlar istisnadır. Hangi durumların bilerek borçlu zararına hareket kapsamına girdiğinin detaylı incelemesi için Bkz. **Sarıkaya**, s. 123-126.

## II. TEMİNAT SENETLERİ

### A. Teminat Kavramının Hukukumuzdaki Yeri

Genel anlamıyla teminat sebebi, kefalet sözleşmelerinde, garanti sözleşmelerinde ve rehin hakkı kurma taahhütlerinde yer almaktadır. Burada kazandırıcı işlem, alacaklıya teminat sağlama gayesiyle yapılmaktadır. Daha net bir ifade ile teminat; borcun zamanında ve niteliğine uygun şekilde ödenmesini sağlayan bir işlemdir.<sup>104</sup> Teminat sözleşmeleri ile amaç, borcun ödenmemesi riskinin teminat verence üstlenilmesidir.<sup>105</sup> Bu sözleşme ile teminat veren, olası bir borç ödenmemesi durumunda alacaklının malvarlığında oluşacak zararın giderileceğini taahhüt etmektedir. Bu kapsamda aynı ya da şahsi teminat sağlanması mümkündür. Bir eşya veyahut hak üzerinde rehin tesis eden ya da teminat maksatlı devir borcu doğuran sözleşmeler aynı teminat sözleşmeleridir.<sup>106</sup> Diğer bir deyişle, bir nesne üzerinde aynı hak kurulması işlemidir. Bu sayede borcun ödenmemesi durumunda eşya sattırılarak alacaklı alacağını elde edebilmektedir. Şahsi teminat kavramına ise aval ve kefalet mukaveleleri örnek teşkil eder. Şahsi teminat türlerinde teminat veren kişi, bizatihi kendisinin değil, bir başkasının borcunun ödenmesini taahhüt etmektedir.

Günümüzde, hukuki işlemlerin hukuki sebepleri dört ana başlık altında incelenmektedir.<sup>107</sup> Bunlar, alacak sebebi, ifa sebebi, bağışlama sebebi ve teminat sebebi olarak sayılabilir.<sup>108</sup> Çalışmamızın konusuyla alakalı olarak teminat sebebi, klasik Roma Hukuku tasnifinde yer almasa da günümüz şartlarında ihtiyacı hissedilmiş ve ortaya çıkmış yeni bir hukuki

104 “...bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğinin temin edilmesine yarayan ve garanti eden mukavelelerdir.” Yarg. HGK., E. 1969/6, K. 1969/7, 05.11.1969, (Pulaşlı, s. 264).

105 Sarıkaya, s. 15.

106 Eren, s. 195.

107 Sarıkaya, s. 5.

108 Eren, s. 192-195; Hukuki işlemler mutlaka bir sebep doğrultusunda yapılmaktadırlar. Çalışmamızın “Kıymetli Evrak Hukuku Anlamında Soyutluk” başlığı altında izah ettiğimiz üzere hukuki sebep, hukuki işleme uygulanacak normları tayin eden ve tarafların üzerinde anlaşmışları en nihai amaçtır. Hukuki sebep, hukuki işlemin geçerlilik arz edebilmesi hususunda belirleyicidir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sarıkaya, s. 4; Sayhan, s. 35-36.

sebeptir.<sup>109</sup> Eğer bir hukuki işlemde kazandırma amacı, alacaklıya teminat sağlamak ise bu durumda hukuki işlem teminat sebebiyle gerçekleştirilmiştir.<sup>110</sup>

## B. Teminat Amaçlı Kambiyo Senedi Düzenlenmesi

Teminat senetleri, temel anlaşma uyarınca bir işin, malın veyahut hizmetin zamanında ifa edileceğini, aksi durumda sorumlu olacağını kabul eden borçlunun imzaladığı ve geciktirici şarta bağlı senettir.<sup>111</sup> Poliçenin veya bononun rehnedilmesinden tamamen ayrı bir olgu olarak, maddi hukuk anlamında kambiyo senetlerinin teminat amacıyla düzenlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.<sup>112</sup> Teminat senetleri sayesinde, hem borcun güvence altına alınması hem de kambiyo senetlerinin soyut ve aynı zamanda kamu güvenine haiz senetler olması özelliklerinden faydalanılması amaçlanmaktadır.<sup>113</sup>

<sup>109</sup> Kazandırma işlemi ile varılmak istenen gaye bir borcun ifası ise, bu hukuki sebebe ifa sebebi denmektedir. En çok rastlanılan hukuki sebep çeşidi ifa sebebidir. İkinci olarak iktisap sebebi ise, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tezahür eder. Genellikle karşı alacak iktisap etmek için yapılan iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, alacak sebebi örneğidir. Bağışlama sebebi ise ne bir borcun ifa edilmesini ne de bir menfaat kazanmayı düşünmeksizin yapılan kazandırıcı işlemlerden ibarettir. Son olarak teminat sebebinde ise kazandırıcı işlem alacaklıya teminat sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Kefalet sözleşmeleri, garanti sözleşmeleri veyahut rehin hakkı kurulması taahhütlerinde görülmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sayhan**, s. 43; **Sungurbey**, s. 6.

<sup>110</sup> **Sayhan**, s. 40-43; **Sarıkaya**, s. 7.

<sup>111</sup> **Pulaşlı**, s. 264; **Ülgen ve diğerleri**, s. 164; **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 191; Uygulamada bazı yazarlar “teminat senedi” ifadesinin soyutluk ilkesine zarar verdiğini ileri sürerek “teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senedi” ifadesinin daha doğru olacağını savunmuşlardır. Detaylı bilgi için bkz. Nuriye Ayşe **Odman Boztosun**, “Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 53, 2007, s. 1487.

<sup>112</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 266; Rehin cirosu ve teminat senetlerinin ayırt edilmesi bakımından bkz. **Sarıkaya**, s. 45- 50; **Öztan**, s. 632; **Pulaşlı**, s. 277- 278.

<sup>113</sup> Rehin cirosunun amacı, senet bedelinin rehnedilmesidir. Rehin cirosu ile senedi devralan senedin veya senet üzerindeki alacağın mülkiyet hakkını kazanamamaktadır. Bu yönüyle teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetlerinden nitelik olarak ayrılmaktadır. Çekin kredi aracı değil ödeme aracı olması farklı bir neticeye varılmasını gerektirmeyecek, tıpkı bono ve poliçeler üzerinde rehin hakkı kurulabildiği gibi çekler üzerinde de rehin hakkı tesis edilebileceğine ilişkin görüş ve bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Emine **Develi**, “Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu”, *Sakarya Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 2, 2016, s. 88-93; Kurulan rehin hakkının ferî ve asıl ilişkinin muteberliğine bağlı olduğuna ilişkin bkz. Adolf

Teminat amacıyla kambiyo senedi tanzim edilmesi durumunda hukuki işlem ifa sebebi, alacak sebebi veya bağışlama sebebi ile değil; teminat sebebi ile yapılmaktadır.<sup>114</sup> Bu bağlamda kambiyo senetlerinin ödeme ve kredi aracı olarak kullanılabilmesi haricinde teminat vasıtası olarak kullanılabileceğinin de unutulmaması gerekmektedir.<sup>115</sup> Uygulamada özellikle bankalar, verdikleri kredilerin teminini güvence altına almak amacıyla müşterilerinden bono ya da banka kabullü poliçe almaktadırlar. Bu sayede borç sözleşmesinin muhtelif yükümlülüklerinin yerine getirilmesi bakımından bir güvence sağlanmaktadır.<sup>116</sup>

Kıymetli evrak hukuku kapsamında kambiyo senetlerinin teminat maksatlı düzenlenmesi, teminat sözleşmelerinden birtakım farklılıklar içermektedir. Örneğin kefalet sözleşmesi bakımından borçlu ile borcun ödenmesine teminat sağlayan kişi farklıdır.<sup>117</sup> Fakat kambiyo senedi vasıtasıyla teminat veren kişi, temel borç ilişkisinin de borçlusu konumundadır. Bu haliyle kambiyo senetlerinin teminat amacıyla düzenlenmesinin, kendine has bir teminat işlemi olduğunun söylenmesinin önünde bir engel yoktur.

Teminat amacıyla kambiyo senedi tanzim edilmesi, uygulamada sıklıkla tercih edilen bir olgudur. Ticari hayat bakımından güven ortamının

---

**Baumbach/Wolfgang Hefermehl/Matthias Casper**, Wechselgesetz Scheckgesetz, 23. Neubearbeitete un erweiterte Auflage, Verlags C. H. Beck, München 2008, Art. 19, 8.

114 Egemen **Atay**, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 32; **Öztan**, s. 376.

115 **Kınacıoğlu**, s. 116; Kambiyo senetlerinin düzenlenmesindeki amaçlardan birisi ödemedir. Örneğin borçlunun muayyen bir miktar parayı ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerde kambiyo senedi düzenlenebilir. Bono ve poliçelerin temel düzenleme amacı alacaklıya kredi sağlanmasıdır. Karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmede edimlerden birisinin ifa edilmesi vadeye yayılmış ise bu durumda düzenlemenin amacı kredi sağlanmasıdır. Hatır senetleri, bononun kredi amacıyla düzenlenebileceğinin somut bir örneğidir. Bono ve poliçeler kredi amacıyla düzenlenebilirken çeklerde durum biraz daha farklıdır. Çek, vade unsuru içermemekle birlikte görüldüğünde ödenecek bir ticari senettir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 9-14.

116 **Ülgen ve diğerleri**, s. 106.

117 Kefalet sözleşmesi, şahsi teminat akitlerinden biri olarak TBK'de yer almıştır. Kefalet sözleşmelerinde daima üçlü bir münasebet vardır. Ancak borçlu hiçbir zaman için kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Kefalet akdi, alacaklı ile kefil arasında kurulur. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Seza **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 1-3.



sağlanabilmesi ve tedavül kolaylığı açısından teminat senetleri, sözleşmelere nazaran daha yaygın olarak tercih edilmektedir.<sup>118</sup> TBK. m. 133/2 gereği aksi taraflarca öngörülmediği müddetçe kambiyo senedinin ifa yerine değil ifa uğruna verildiği kabul edildiğinden bahsetmiştik. Bu hükmün bir gereği olarak da asıl borç ilişkisindeki alacak hakkının varlığı devam etmektedir. Kambiyo senetlerinin kural olarak ifa uğruna düzenlenmesinden mütevellit asıl ilişkiden soyut bir alacak hakkı elde edilmektedir. Buna bağlı olarak da alacaklı, kambiyo senetlerine has avantajlardan yararlanabilmektedir. Kambiyo senetleri teminat amacıyla düzenlediği taktirde hem asıl ilişkiden kaynaklanan borç teminat altına alınmış olacak; hem de borç ifa edilmediği taktirde alacaklı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipten faydalanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki Türk Ticaret Kanunu'nda “*teminat senetleri*” olarak nitelendirilmiş bir kıymetli evrak çeşidi bulunmamaktadır. Fakat uygulamada teminat senetleri özellikle satım sözleşmelerinde, kira sözleşmelerinde ve iş sözleşmelerinde sıklıkla kullanılmaktadır. Satım sözleşmeleri bakımından teminat senedi düzenleyen genelde bedeli ödeme borcu altında olan kişidir. Ayrıca kira sözleşmelerinde kiracının kiralananı verebileceği muhtemel zararların teminatı olarak düzenlenebilmektedir. Uygulamada iş sözleşmelerinde de teminat senedi uygulamasının yaygın olmasının sebebi; değeri yüksek para veya kıymetli eşyaların işin niteliği gereği işçi himayesinde bulunmasıdır. İşçinin olası maddi zarar verme kastına karşı önlem olarak işveren tarafından teminat senedi düzenlenmesi istenebilmektedir.<sup>119</sup>

İsviçre uygulamasına bakıldığında mevcut ya da ileri bir zamanda doğacak alacağın güvence altına alınabilmesi için teminat amaçlı kambiyo senedi düzenlenebilmektedir.<sup>120</sup> Türk hukukunda ise teminat senetleriyle alakalı olarak kanunlarımıza yansıyan bir düzenleme olmamasına karşın bu durumu yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır.<sup>121</sup> Poliçe ve bonoların kredi ve ödeme gayelerinin haricinde bir borcun teminatı olarak düzenlenebilmeleri de mümkündür. Örneğin kredi talep edilen bankanın;

118 **Sarıkaya**, s. 7.

119 Detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 55.

120 **Pulaşlı**, s. 265.

121 Kambiyo senetlerinde zorunlu ve alternatif zorunlu unsurlar için bkz. **Ülgen ve diğerleri**, s. 114-118; **Pulaşlı**, s. 262-263; **Bozer/Göle**, s. 73-89; Ayrıca bkz. TTK. m. 671, m. 776, m. 780, m. 672.

kendisine verilmek üzere teminat senedi düzenlenmesini talep ettiği uygulamada görülmektedir. Ayrıca cezai şart içeren sözleşmeler için ve rekabet yasağının ihlal edilmesini önleme maksatlı olarak teminat senedi düzenlenebilmektedir.

Bono ve poliçelerin teminat amacıyla düzenlenebileceği hususundan ayrı olarak çekler açısından da bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çek bir ödeme vasıtası olması nedeniyle vade içermemekle birlikte görüldüğünde ödenmektedir.<sup>122</sup> Fakat malum olduğu üzere uygulamada ileri düzenleme tarihli çek tanzim edilerek kredi fonksiyonu da kazandırılmaktadır. Kanun koyucunun çekte vade unsuruna yer vermemiş olmasına karşın uygulamada kredi aracı olarak kullanılması, çekin iktisadi amacından saptırılması olarak yorumlanabilir.<sup>123</sup> Bu kapsamda vade unsuru ve teminat kavramı arasında benzer sonuçlar içeren bir ilişki mevcuttur. Teminat verilmesindeki temel amaç borcun ifa edilmesini sağlamak; sağlanamadığı takdirde alacaklının menfaatini korumaktır. Bu bağlamda teminat ilişkisi bir süreçten ibarettir. Belirli bir vadeye kadar tarafların üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi beklenecektir. Çek bakımından TTK. m. 780 hükmünde sayılan unsurlar arasında “vade” bulunmaması göz önüne alındığında<sup>124</sup>, çeklerin teminat amacıyla düzenlenmesi de kanun hilafına bir durum teşkil edecektir. Çünkü teminat senetlerinin de özü itibarıyla vade unsuruyla sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır.<sup>125</sup>

Fakat 5941 sayılı Çek Kanunu geçici m. 3/5 uyarınca ileri düzenleme tarihli çek oluşturulması mümkün hale getirilmiştir.<sup>126</sup> Dolayısıyla çekte, bono ve poliçede olduğu gibi kredi işlevi kazandırıldığı kabulü hatalı olmayacaktır.<sup>127</sup> Çekin esasen bir borcun ödenmesi gayesiyle düzenlenmesi kural olmakla birlikte; mevcut veya ileri bir zamanda muaccel olması

122 **Bozer/Göle**, s. 232.

123 **Sarıkaya**, s. 29.

124 Ayrıca TTK. m. 795 hükmü “Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.” şeklindedir.

125 Her ne kadar soyut teminat kayıtları senet metnine konulabilecekse de bu senedin çek olması durumunda kaydın yazılmamış sayılması gerektiği, zira kanun koyucunun çek düzenlemesindeki temel amacının bu senedin ödeme amacıyla kullanılması olduğunu savunan yaklaşım için bkz. **Öztañ**, s. 450.

126 Buna göre 31/12/2023 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.

127 **Pulaşlı**, s. 279; **Bozer/Göle**, s. 331.

muhtemel bir borcun teminatı olmak üzere çek verilmesini engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.<sup>128</sup>

Belirttiğimiz gibi kambiyo senetlerinin teminat amacıyla düzenlenebilmesi açısından maddi hukukta herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kuramsal anlamda bir kambiyo senedinin teminat amacıyla verilmesi kabul görmekte; fakat bu halde de kambiyo senedi olma vasfının geçerliliğini noktasında tartışmalar ortaya çıkmaktadır.<sup>129</sup> Kambiyo senetlerinde “*kayıtsız ve şartsız havale/borç ödeme vaadi*” unsuru esasının geçerli olması bu sorunun temel kaynağıdır.

### **C. Teminat Senedi Düzenleme Yöntemleri ve Bu Yöntemlerin Kambiyo Senedi Vasfına Etkisi**

Kambiyo senetlerinin teminat maksadıyla düzenlenebilmesinin temelde iki farklı yolu bulunmaktadır. Bu yöntemlerden ilki, senet metnine teminata dair bir kayıt konulmaksızın tarafların akdettikleri bir borçlar hukuku sözleşmesiyle teminat senedi tanzim edilebilmesidir.<sup>130</sup> Harici olarak düzenlenecek bu protokolde, ilgili kambiyo senedine atıf yapılarak iş bu senedin alt ilişkiden kaynaklanan borcun teminatı olduğu kararlaştırılabilir.<sup>131</sup>

Teminat amacıyla kambiyo senedi düzenlenmesinin ikinci alternatifi ise senet metnine teminata ilişkin kayıt konulmasıdır. Bu yönteminde kendi içinde alt başlık niteliğinde kayıt türleri bulunmaktadır.<sup>132</sup>

#### **1. Yazılı Sözleşme Yoluyla Teminat Senedi Düzenlenmesi**

Kambiyo senetlerinin asıl ilişkiden mücerret ve kamu güvenine mazhar senetler olması; tedavülünü kolay ve güvenli hale getirmiştir. Bununla alakalı olarak hukuki görünüşe güven ilkesinden bahsetmek gerekir.

---

128 **Kendigelen**, Çek Hukuku, s. 190.

129 **Poroy/Tekinalp**, s. 266.

130 **Atay**, s. 58; **Pulaşlı**, s. 276; **Ülgen ve diğerleri**, s. 166.

131 **Sarıkaya**, s. 18.

132 **Pulaşlı**, s. 272- 274; **Poroy/Tekinalp**, s. 268; **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 191-192.

Kanunen emre yazılı senetler kabul edilen kambiyo senetlerinde hukuki görünüşe güven ilkesi geçerlidir.<sup>133</sup> Buna göre şeklen senedin hak sahibi olarak gözükken bir kimseden senedi devralanın iyi niyeti korunmaktadır.<sup>134</sup> Senedi devreden kişinin yetkili hamil olmaması ihtimalinde dahi; devredenin yetkisizliği, devralana karşı dermeyan edilememektedir.<sup>135</sup> Çünkü kambiyo senedinin devri ile senetten doğan haklar devredilmektedir.<sup>136</sup> Devreden kişinin sahip olduğu haklar iktisap edilmemektedir.

Yargıtay, taraflar arasında oluşturulan bir protokolde senedin, asıl borç ilişkisinin teminatı olduğunun belirtilmesi durumunda, lehtar tarafından başlatılan icra takibinde senedin soyut borç ikrarı içermediğine hükmetmiştir.<sup>137</sup>

133 TTK. m. 686/2 hükmü “*Poliçe herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil, ancak poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde o poliçeyi geri vermekle yükümlüdür.*” şeklindedir. Hukuki görünüşe güven ilkesi bu maddede tezahür etmektedir.

134 **Pulaşlı**, s. 276.

135 **Ülgen ve diğerleri**, s. 30.

136 **Ülgen ve diğerleri**, s. 31.

137 “... Borçlu vekili, takip konusu çeklerin alacaklı banka ile müvekkili arasında akdedilen genel kredi sözleşmesi kapsamında verilen teminat çekleri olduğunu beyan etmiş ve takibin iptali isteminde bulunmuştur... Alacaklı vekili borçlu ile kredi sözleşmesi imzalandığını belirterek çeklerin teminat amaçlı verildiğini kabul etmiştir. Bu durumda dayanak çekler kayıtsız şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi için havale niteliğini taşımadığından ve dolayısıyla alacağın tahsil edilip edilemeyeceği yargılamayı gerektirdiğinden İİK m. 170/a uyarınca takibin iptaline...” Yarg. 12. HD., E. 2011/30748, K. 2011/11886, 07.06.2011, (**Atay**, s. 41).

“... fındık satın alınmasına ilişkin sözleşme yapıldığı, bununla alakalı olarak fatura kesilmesinin karşılığında senet alındığı beyan edildiği, takip dayanağı bono ile aynı tarihli ve aynı miktarlı fındık alımına dair olarak düzenlenen faturada borcun dört taksitte ödeneceğinin belirtildiği görülmektedir. Bu keyfiyette, takip dayanağı bononun taraflar arasında tanzim edilen akdin teminatı olarak verildiği ve kayıtsız şartsız ödeme unsurunu içermediğinin kabulü gerekir.” Yarg. 12. HD., E. 2013/17482, K. 2013/25254, 04.07.2013, (**Sarıkaya**, s. 20).

“...Taraflar arasında yapılan söz konusu protokolde 21.000 YTL tutarında teminat senedi alındığı kararlaştırıldı; protokolün tarih, miktar ve tarafları ile bu senedin tanzim tarihi, taraf ve miktarı aynı olup dayanak bonoların bu sözleşmenin teminatı olarak düzenlendiği, bu vaziyette alacağın varlığının yargılama gerektirdiği düşünülmeksizin bu senede yönelik olarak takibin iptaline karar verilmesi gerekirken...” Yarg. 12. HD., E. 2010/32476, K. 2011/13907, 27.06.2011, (**Atay**, s. 41).

“... İcra takibi konusu bono, karşılıklı edimleri içeren protokole dayanılarak tanzim edildiğine göre, bu bononun kayıtsız ve şartsız bulunmadığının kabulüyle, icra takibine yapılan itirazın kabulü gerekir...”<sup>138</sup>

“...Takip konusu bononun, teminat maksatlı olarak verildiğini savunan bono borçlusunun, bu savunmasını yazılı delil vasıtasıyla ispat etmesi gerekmektedir. Aksi halde, bu bono icra takibine dayanak yapılabilir...”<sup>139</sup>

Buna göre Yargıtay, senet dışı bir belgeyle teminat senedi ihdas edilmesinin, senedin kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin havalesi/ ödeme vaadi unsurunun zedelendiğinden hareketle, kambiyo senedi vasfının kaybedildiğine hükmetmiştir. Yargıtay’ın bazı kararlarında ise harici protokol yöntemiyle teminat senetlerinin icra takibine dayanak yapılması durumunda, teminat senedi iddiasının bir borca itiraz çeşidi olduğu ve itirazın kabul edilmesi halinde takibin iptalinin değil, takibin durdurulmasına karar verilmesi gerektiğine yönelik tespitler yapılmıştır.<sup>140</sup>

138 Yarg. 12. HD., E. 2015/34298, K. 2015/3097, 17.02.2015, (Gönen **Eriş**, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 750).

139 Yarg. 12. HD., E. 2012/ 14121, K. 2012/ 34551, 22.11.2012, (**Eriş**, s. 798).

140 “... Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibine karşı borçluların diğer itirazları ile takibe dayanak 50.00 TL’lik bononun teminat senedi olduğunu öne sürerek takibin iptalini talep ettikleri, mahkemece, istemin kabulü ile 50.000 TL asıl alacak ve bu senet yönünden işlemiş 2.052,05 TL faize yönelik takibin iptaline karar verildiği, kararın alacaklı vekilince süre tutum dilekçesi ile temyiz edildiği görülmektedir. Takip dayanağı bononun teminat senedi olduğuna yönelik iddia İcra ve İflas Kanunu’nun 169. Maddesi kapsamında borca itiraz olmakla itirazın kabulü halinde aynı yasanın 169/a-5. maddesi uyarınca takibin durdurulmasına karar verilir.” Yarg. 12. HD., E. 2016/11667, K. 2017/4705, 28.03.2017, (**Atay**, s. 42).

“...borçlunun; takip mesnedi bononun teminat olarak verildiği, taraflar arasında imzalanmış olan iş yapım akdine ek protokolde de alacaklı tarafından senedin teminat senedi olduğunun kabul edildiği ve anılan borcun ödendiği itirazlarıyla icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, davanın kabulüne, davacı hakkındaki takibin iptaline hükmedildiği anlaşılmaktadır... Borçlunun itirazının kabulü halinde takibin durması yerine iptaline karar verilmesi isabetsiz olup...” Yarg. 12. HD., E. 2016/12231, K. 2017/3012, 01.03.2017, (**Atay**, s. 42-43).

Senedin ciro edilerek iyiniyetli üçüncü kişilerin zilyetliğine geçmesi durumunda ise Yargıtay, teminat definin yeni hamile karşı ileri sürüleme-yeceğine yönelik kararlar vermektedir.<sup>141</sup> Bu durum kambiyo senetlerinin kamu güvenine haiz senetler olmasıyla açıklanmaktadır. Kamu güvenine mazhar senetler olmasının bir sonucu olarak temel ilişkinin taraflarının birbirlerine karşı sürebilecekleri şahsi defiler iyi niyetli üçüncü kişi hamile karşı kullanılamaz. Ayrıca yine kambiyo senetlerinde “senetteki yazıya göre sorumluluk” esası kabul edilmekte ve buna göre senedin ciro edildiği kişi, ciro edenin sahip olduğu hakları değil, senet metnindeki hakkı kazanmaktadır.<sup>142</sup>

Öğretideki genel kanı, senet metnine dayanmadan oluşturulan teminat senetlerinin aynı zamanda kambiyo senedi sıfatını sürdüreceği yönündedir.<sup>143</sup> Kanaatimizce, harici protokolde senede atıf yapılması yoluyla oluşturulan teminat senetleri “belirli bir bedelin havalesi/ödeme vaadi” unsuru zedelememektedir. Kamu güvenine mazhar senetler olmasının bir neticesi olarak üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması gerektiğine dair kararlara katılmakla birlikte; temel ilişkinin tarafları bakımından senedin kambiyo senedi vasfını taşımadığı tespiti sakıncalıdır. Kambiyo senetlerinin soyut senetler olması sebebiyle, senet metninde alt ilişkiye dair kayıtlar konulması veyahut senedin ifası için alt ilişkinin ifa edilmesi/edilmesi yönünde bir şartın yer alması yasaktır. Senet metninde alt ilişkiye atıf yapan bir kayıt bulunmayan ve kanun gereği zorunlu unsurları ihtiva eden

141 “... Davacı dava konusu bononun keşidecisi olup, senedin lehtarları olan M. K.,’ e teminat amacıyla verildiğini ve karşılıksız kaldığını iddia etmiş... diğer davalı M. K., senedi ciro yoluyla iktisap etmiştir. Davacı keşideci ile davalı lehtar arasında ileri sürülebilecek şahsi defilerin yeni hamile karşı ileri sürülebilmesi için... iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket etmiş olduğunun ispatlanması gerekmektedir.” Yarg. 19. HD., E. 2016/3486, K. 2017/802, 06.02.2017, (Sarıkaya, s. 21).

142 Pulaşlı, s. 277.

143 Poroy/Tekinalp, s. 266-267; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2011, s. 135; Kendigelen, Çek Hukuku, s. 190-195; Kanun koyucunun çeklerin temel özelliklerini sıralarken vade unsurunu belirtmemiş olması nazara alındığında bu senetlerin teminat olarak kullanılmamasını öngördüğü, fakat çeklerin ileri tarihli olarak düzenlenmesine kanunen imkan verilmesi sebebiyle çek üzerine teminata dair kayıt konmadan düzenlenen teminat senetlerinin kambiyo senedi vasfını sürdüreceğinin kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. Bozer /Göle, s. 329-330; Atay, s. 59.

her senet kambiyo senedi vasfıyla geçerliliğini sürdürmektedir.<sup>144</sup> Bu sebeple senet dışındaki bir belge sebebiyle, senedin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin havalesi/ödenmesi vaadi unsurunu ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi isabetli olmayacaktır.<sup>145</sup>

Harici protokol yoluyla tanzim edilen senetlerin, teminat amacıyla verildiğinin nasıl ispat edileceği hususunda Yargıtay farklı yönde kararlar verebilse de bu konudaki genel tutum taraflar arasındaki protokolde senede “açık” atıf yapılmasının elzem olduğu yönündedir. Açık atıftan anlaşılması gereken senedin vadesinin, düzenleme tarihinin ve miktarının net olarak anlaşılabilir olmasıdır.<sup>146</sup>

Yüksek mahkeme ispat hususunu incelediği bazı kararlarında, protokolde senedin vasıflarına dair açık atıf olmasa dahi, senedin teminat amacıyla düzenlendiğini kabul etmektedir. Senet ile protokol arasında benzer

144 Şekle aykırılık sebebiyle kambiyo senedi niteliği kaybetmiş senetlerin, ispat niteliğinde adi senet olarak kabul edilebileceğine dair görüş için bkz. **Baumbach/Hefermehl**, s. 11; **Kınacıoğlu**, s. 117.

145 Konusu ahlaka aykırı bir anlaşma dolayısıyla keşide edilen ve zorunlu unsurlarında eksik bulunmayan senedin kambiyo senedi vasfına haiz olduğu bir gerçektir. Konusunun ahlaka aykırı olması durumu tarafların birbirlerine karşı öne sürebilecekleri şahsi defî niteliğindedir. Kambiyo senedinin geçerliliği tartışma konusu olamaz. Dolayısıyla harici bir belgenin de senedin kambiyo senedi olma vasfını ortadan kaldırdığı düşünülemez. Çünkü bu durum senet metnine tezahür etmemiştir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 22.

146 “...*Davacı borçlu İİK'nin 169/a maddesi kapsamında, senedin teminat senedi olarak verildiğini iddia ederek takibin iptalini talep etmişse de bu iddianın aynı madde kapsamındaki belgelerden biri ile ispatı zorunlu olup, yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre senedin banka kredi sözleşmesi kapsamında teminat için verildiğinin iddia edilmesi halinde, kredi sözleşmesinde takibe konu bonoya açıkça atıfta bulunulması zorunlu olup, kredi sözleşmesinde hiçbir atıf olmadığı ve yine alacaklının da senedin teminat senedi olarak verildiğine dair kabulünün de bulunmadığı, Bölge Adliye Mahkemesince azılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 12. HD., E. 2019/14593, K. 2020/6059, 01/07/2020, (Mahmut **Coşkun**, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 412).

bağlantı noktalarının teşhis edilmesi ispat anlamında yeterli görülebilmektedir.<sup>147</sup> Alacaklının senedin teminat olarak verildiğini ikrar etmesi durumunda da teminat amacıyla düzenlendiği kabul edilmektedir.<sup>148</sup>

“...*Takip dayanağı senedin teminat senedi olduğu iddiasının, hangi ilişkinin teminatı olduğunun senet üzerine yazılmak suretiyle ya da yazılı bir belge ile kanıtlanması gerekir...*”<sup>149</sup>

Kanaatimizce Yargıtay’ın harici protokol ile teminat senedi oluşturulması durumunda benimsemiş olduğu görüş, ispat hukuku bakımından kabul edilebilir niteliktedir. Yazılı bir belgenin aksi, aynı derecede bir delille ispatlanabilir.<sup>150</sup> Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.03.2001 tarih 2001/12-233 sayılı kararında benimsendiği üzere dayanak senedin hangi ilişkinin teminatı olduğu yazılı bir belge ile ispat edilmelidir.<sup>151</sup> İcra ve İflas Kanunu (İİK.) m. 169/a uyarınca harici protokolde takip dayanağı senede açık atf yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla borca itiraz halinde borçlunun, resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile iddiasını ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat Yargıtay’ın, alacaklının senedin teminat senedi olduğunu ikrar etmesi durumunu ispat bakımından yeterli görmesi de son derece isabetlidir.<sup>152</sup> Çünkü ikrar yapılmasıyla çekişmeli

147 “*Taraflar arasında oluşturulan protokolde 21.000 YTL miktarında teminat senedi alındığının kararlaştırıldığı; ilgili protokolün tarih, miktar ve tarafları ile senedin miktar, taraf ve düzenleme tarihi aynı olup dayanak bonoların bu sözleşmenin teminatı olarak düzenlendiği, bu keyfiyette alacağın varlığının yargılama gerektirdiği düşünülmeksizin bu sene yönelik takibin iptaline karar verilmesi gerekirken...*” Yarg. 12. HD., E. 2010/32476, K. 2011/ 13907, 27.06.2011, (**Coşkun**, s. 427).

148 “*... alacaklı vekilinin verdiği cevap dilekçesinde ve duruşmada takip dayanağı senedin bahsi geçen sözleşme kapsamında teminat olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Alacaklı vekilinin bu açık ikrarı karşısında artık borçlunun bir belgeye dayanmasına gerek kalmamıştır.*” Yarg. 12. HD., E. 2011/14563, K. 2011/1390, 27.06.2011, (**Coşkun**, s. 428).

149 Yarg. HGK., E. 2001/12-233, K. 2001/257, 10.06.2001, (**Eriş**, s. 754).

150 Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.201 gereği senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler tanıkla ispat olunamamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Filiz Berberoğlu **Yenipınar**, Hukuk Davalarında İspat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 59-62.

151 **Yenipınar**, s. 60.

152 “*...Alacaklının ‘söz konusu teminat senedi yapılan görüşmeler neticesi ödenmeyince kanuni takibe alınmıştır.’ şeklindeki beyanı ile senedin teminat senedi olduğuna dair kabulünün bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, mahkemece borçluların borca*



vakıalar çekişmeli olmaktan çıkar.<sup>153</sup> Bu sebeple ikrar, ikrarda bulunan taraf aleyhine kesin delil teşkil eder.<sup>154</sup> Dolayısıyla senedin teminat senedi olduğu beyanlarının, İİK. m. 169/a hükmü kapsamındaki belgelerle kanıtlanabilmesine ek olarak; ikrar gibi diğer kesin delillerle de ispat Yargıtay tarafından olanaklı hale getirilmesi hakkaniyete sığmaktadır.<sup>155</sup>

## 2. Senet Metnine Kayıt Konulması Sureyle Teminat Senedi Düzenlenmesi

Teminat amacıyla kambiyo senedi düzenlemenin temelde iki farklı yöntemi olduğunu ve bu yöntemlerden ilkinin harici protokol ile senet tanzim edilmesi olduğunu belirtmiştik. Bir diğer yöntem olarak senet metnine kayıt konulması suretiyle oluşturulan teminat senetlerinin uygulamasında bazı sorunlar baş göstermektedir. Bu sorunlar, kambiyo senetlerinin mücerretliği ekseninde ortaya çıkmaktadır. Teminat kayıtlarının senet metnine hangi şekilde konulması gerektiği hususu, senedin kambiyo senedi vasfını sürdürüp sürdüremeyeceğini yakından alakadar edecektir.

Senet metnine kayıt konulması suretiyle teminat senedi düzenlemenin üç farklı yolu mevcuttur.<sup>156</sup> Soyut teminat kaydı konularak, temel ilişkiye atıf yapan teminat kaydı konularak veyahut senedin ödenmesini şarta bağlayan kayıtlar konularak teminat senedi düzenlenebilir. Her bir yöntemin, senedin kambiyo senedi vasfına tesiri ve senedi teminat senedi kılmaya haiz olup olmadığı öğretide ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. TTK.

---

*itirazına ilişkin kabul kararı verilmesi gerekirken istemin reddi yönünde hüküm tesis edilmesi isabetsizdir...*" Yarg. 12. HD., E. 2016/843, K. 2016/13973, 11.05.2016, (Yenipınar, s. 61).

- 153 Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 187/2 gereği ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılamazlar. Belirtmek gerekir ki bir tarafın kendi lehine öne sürmüş olduğu vakıaları ikrar etmesi kesin delil niteliği oluşturmaz.
- 154 Baki **Kuru/Burak Aydın**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 256.
- 155 Harici protokolün aslının değil de fotokopisinin mahkemeye sunulması halinde ise Yargıtay bu durumun ispata elverişsiz olduğu görüşündedir. Öğretideki genel kabul gören görüş belgenin fotokopisinin, yazılı delil başlangıcı olduğu kabul edilirse tanık dinletilmesi mümkün hale gelebileceği yönündedir. Detaylı bilgi için bkz. **Sarıkaya**, s. 28; **Kuru/Aydın**, s. 275-281; **Murat Yavaş**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 488.
- 156 **Burak Adıgüzel**, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. IV, S. 2, 2018, s. 140-141; **Pulaşlı**, s. 269; **Sarıkaya**, s. 87.

m. 671 /1-b, m. 776/1-b, m. 780/1-b maddeleri uyarınca havaleyi veya ödeme vadini şarta bağlayan bir kaydı ihtiva eden senet, kambiyo senedi niteliğinde olamaz. Dolayısıyla senet metnindeki teminat kayıtlarının şart niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi; senedin kambiyo senedi vasfına haiz olma durumunu yakından ilgilendirmektedir.

### a. Soyut Teminat Kayıtları

Senet metninde yazılı olan kayıt, yalnızca “*teminattır*”, “*teminat içindir*” gibi yalın ifadeler içeriyorsa burada soyut teminat kayıtlarından söz edilmektedir.<sup>157</sup> Başka bir anlatımla, sadece teminat kaydını içermekle birlikte asıl borç ilişkisine atıf yapmayan kayıtlar soyut teminat kayıtları olarak nitelendirilebilir.<sup>158</sup>

Öğretideki baskın görüşe göre bu neviden teminat kaydı içeren senet, teminat işlevine sahip olmamasına karşın kambiyo senedi vasfını kaybetmemektedir.<sup>159</sup> Bu bağlamda soyut teminat kayıtlarının yazılmamış sayılmasının veya tıpkı bedel kayıtlarında olduğu gibi ispat vasıtasından ibaret olduklarının kabulü gerektiğine dair görüşler ortaya çıkmıştır.<sup>160</sup> Sonuç olarak senet metninde yalnızca “*teminattır*” gibi kayıtların bulunması, senedin teminat senedi olarak kabulü için yeterli kabul edilmemektedir.<sup>161</sup> Teminat senedinden söz edilebilmesi için senet metninde asıl ilişkiye atıf yapılmış olması elzemdir.<sup>162</sup>

“... Somut olayda, ciranta takip alacaklısı Apr. İnş. Rek. Ltd. Şti. 'nin kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilemediği gibi, senet metninden de söz-

<sup>157</sup> Boztosun, s. 1492; Atay, s. 37.

<sup>158</sup> Adıgüzel, s. 141.

<sup>159</sup> Ülgen ve diğerleri, s. 167; Poroy/Tekinalp, s. 268-269; Pulaşlı, s. 272; Bozer/Göle, s. 329-330.

<sup>160</sup> “Teminattır” gibi soyut kayıtların yazılmamış sayılacağına dair görüş için bkz. Ülgen ve diğerleri, s. 167; Kendigelen, Çek Hukuku, s. 190.

Soyut teminat kayıtlarının lehtar ve senet borçlusu arasında ispat hukuku açısından bir anlam ifade edeceğini; üçüncü kişilere karşı ise yazılmamış sayılacağına dair görüş için bkz. Reisoğlu, Çek, s. 86; Sayhan, s.73; Pulaşlı, s. 272.

<sup>161</sup> Poroy/Tekinalp, s. 268; Ülgen ve diğerleri, s. 164-167; Kendigelen/Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 190; Kendigelen, Çek Hukuku, s. 189-191.

<sup>162</sup> Asıl ilişki ile hukuki sebebin aynı olgular olmadığı burada bir kez daha tezahür etmektedir. Bkz. Ülgen ve diğerleri, s. 165.

*leşme nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığından, takip alacaklısına karşı senedin teminat senedi olduğunu ileri sürmeyeceğinden, takibin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş ve icra hukuk mahkemesi kararının alacaklı yararına bozulması gerekmiştir”<sup>163</sup>*

*“... Bonoda teminat kaydı mevcut ise de neyin teminatı olduğu belirtilmediğinden bu kayıt senedin soyutluk vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca teminat olduğuna dair eklenen bu kayda öğretide mücerret teminat kayıtları denmektedir. Senet metninde temel borç ilişkisine atıf yapan veya ödemeyi şarta bağlayan kayıtlar bulunması halinde soyutluk vasfı ortadan kalkacağından böyle bir senet kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip konusu yapılamaz. Örneğin ‘hisse devrinin teminatıdır’, ‘eseri ... tarihinde tamamlayamamam halinde ödeyeceğim’, ‘inşaat bitiminde ödenecektir’ şeklindeki kayıtlar. Bononun teminat senedi olduğu senet metninden anlaşıldığı durumlarda, bono kayıtsız şartsız borç vaadi ihtiva etmediği için hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük; keşideci tarafından, lehtara veya ciranta karşı da öne sürülebilir. Bu halde TTK’nin 687. Maddesinin 1. Fıkrası gereğince senet metninden anlaşılan defî mevcuttur. Bu defî mutlak defî niteliğinde olduğundan, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bononun teminat senedi olduğunun senet metninden anlaşılamadığı ihtimallerde ... bononun sözleşmenin teminatı olarak verildiği iddiası kişisel defî niteliğinde olup, TTK’nin 778/a bendinin göndermesi ile uygulanması gereken 687. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca kişisel defîler asıl ilişkinin tarafları arasında öne sürülebilir. Senedin üçüncü kişiye ciro veyahut teslim vasıtasıyla devredilmesi durumunda bu definin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülmesi mümkün değildir...”<sup>164</sup>*

*“... Bonoda teminat kaydı bulunsa da hangi ilişkinin teminatı olduğu belirtilmediğinden bu ibare bononun soyutluk niteliğini ortadan kaldırmaz. Bononun teminat amaçlı verildiğinin kabul edilebilmesi için, neyin teminatı olarak verildiğinin ya bononun önündeki veya arkasındaki yazılar veya ayrı bir belge (İİK 169/a maddesinde öngörülen) ile teminat senedi olduğunun ispatı gerekir. Nitekim Yargıtay HGK 14.03.2001 tarih ve 2001/12-233 E., 2001/257 K; 20.06.2001 tarih ve 2001/12-496 E.,*

<sup>163</sup> Yarg. 12.HD., E. 2015/31115, K. 2015/7229, 26.03.2015, (Eriş, s. 743).

<sup>164</sup> Yarg. HGK., E. 2017/269, K. 2020/591, 15.09.2020, (Kendigelen, Çek Hukuku, s. 197).

2001/534 K.; 24.02.2010 tarih ve 2010/19-67 E., 2010/99 K. Sayılı kararlarında da aynı hususlar benimsenmiştir...’’<sup>165</sup>

Yargıtay, soyut teminat kayıtlarının kambiyo senetlerindeki mücerretlik ilkesini zedelediğini; soyut kayda rağmen kambiyo senedi sıfatının koruduğunu belirtmiştir. Kambiyo taahhüdünün hukuki sebebinin temel borç ilişkisi olmadığı göz önüne alındığında; Yargıtay’ın soyut teminat kayıtlarının, senedin mücerretlik ilkesiyle ters düşmeyeceği görüşünde olması kanaatimizce isabetlidir. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar, soyut teminat kayıtlarının varlığının, asıl ilişkiye yapılan bir atıf olarak değerlendirilmemesi gerektiğine yöneliktir.

“...Somut olayda takip dayanağı bononun arka yüzünde ‘teminat senedir, kullanılamaz’ ibaresi bulunmaktadır. Bonoda teminata ilişkin kayıt mevcut ise de hangi ilişkinin teminatı olduğu belirtilmediğinden bu kayıt bononun mücerretlik niteliğini ortadan kaldırmaz. Bononun teminat amacıyla verildiğinin kabul edilebilmesi için, neyin teminatı olarak verildiğinin bononun önündeki veya arkasındaki yazılar veya ayrı bir belge (İİK 169/a maddesinde öngörülen) ile teminat senedi olduğunun ispat edilmesi gerekir...’’<sup>166</sup>

Kanaatimizce, bono ve poliçelerin içerdiği yalın teminat kayıtları, senedin soyutluk ilkesini ihlal etmemektedir. Çünkü bu tarz kayıtların var olması durumunda dahi kambiyo taahhüdü ile asıl ilişki arasındaki bağ koparılmış vaziyettedir. Ayrıca temel ilişkiye dair senet metninden çıkarılabilecek bir sonuç yoktur. Mücerretliğin zedelenmemesi ve dolayısıyla senedin kambiyo senedi vasfını sürdürebilmesi için, bu ilkeye hangi kayıtların zarar verdiğinin incelemesinin titizlikle yapılması gerekir. Uygulamada senet metnine yazılan “bedeli malen alınmıştır” ve “bedeli nakden alınmıştır” gibi sıklıkla karşılaştığımız bedel kayıtlarının soyutluk ilkesiyle olan ilişkisi, konuyu ele alma bakımından yararlı olacaktır. Senet metnine konulabilecek ihtiyari kayıtlardan sayılan bedel kayıtları, keşidecinin lehtardan karşı edimi aldığını ispata yarayan bir kayıt türüdür.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> Yarg. HGK., E. 2017/1140, K. 2018/563, 28.3.2018, (“Lexpera”, <https://www.lexpera-com-tr>, E.T. 30.09.2022).

<sup>166</sup> Yarg. HGK., E. 2017/12, K. 2020/129, 11/02/2020, (Coşkun, s. 440).

<sup>167</sup> **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 190; **Pulaşlı**, s. 152; **Poroy/Tekinalp**, s. 166-167; Bedel kaydının, mal veya paranın keşideci tarafından alındığına dair yazılı delil sayılması bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bedel kayıtlarına rağmen keşideci tarafından senedin hatır senedi olduğunun ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu ve

Kambiyo senetlerinin mal veya nakit karşılığında verildiğine ilişkin senet metnine konulan bu kayıtlar yalnızca ispat hukuku açısından bir sonuç doğuracaktır.<sup>168</sup> Ayrıca bedel kayıtları öğretideki baskın görüşe göre kambiyo senetlerindeki soyutluk ilkesini zedelememektedir.<sup>169</sup> Zira bu ibareler senet metnindeki taahhüde ilişkin olarak konulmuş sayılamazlar. Kambiyo senetlerinde yer alan taahhüdün kayıt ve şart içermemesi kuralı; temel ilişkiyle ilgili bir kaydın bulunmamasını gerektirmektedir. Bu durumda kambiyo senedine, senetteki taahhütle bir ilgisi bulunmayan ve özellikle ispat yüküyle alakalı olan kayıtlar konmasında kanaatimizce de bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü bedel kayıtları konulsa dahi, senet metninden temel ilişkinin ne olduğu anlaşılacak ve senetteki taahhüt koşula bağlanmamış olacaktır. Fakat “bedeli malen alınmıştır” gibi bir kayıt değil de “*iş bu senet keşidecinin gayrimenkul satımından doğan borcunun ifa edilmesi sebebiyle düzenlenmiştir*” şeklinde bir kayıt yazılması durumu, sebebe atıf yapılması kapsamına girmektedir. Bu durumda da “kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin havalesi/ ödenmesi” unsuru ihlal edilmiş olacağından kambiyo senedi vasfı kaybedilecektir. Bu bağlamda senet metninde asıl ilişki gösterilmediği ve kambiyo alacağının ödenmesi temel ilişkinin ifasına bağlanmadığı müddetçe soyutluk ilkesinin zedelenmediği kabul edilmelidir.

Benzer bir durum olarak rehin cirosu kavramı örnek teşkil etme potansiyeline sahiptir. TTK. m. 689 hükmünde rehin cirosu düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre senet üzerinde “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” veya rehin kurmaya yönelik başka bir kaydın ciro şerhi içerisinde yer alarak devredilmesi düzenlenmiştir.<sup>170</sup> Senedin rehin cirosu ile devredildiği senet üzerinden açıkça anlaşılmaktadır.<sup>171</sup> Kanaatimizce ilgili düzenlemenin özünde, bu ibarelerin senedin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin

---

yine keşidecinin bedel kayıtları sebebiyle bedelsizlik definde bulunmaktan feragat etmiş olacağının kabul edilemeyeceğine yönelik görüş için bkz. **Pulaşlı**, s. 258; **Sayhan**, s. 72.

<sup>168</sup> Bedel kayıtlarının kambiyo senedinin bedelsizliğine yönelik davalarda önem arz edeceği ve senedin öngörülen bedel kaydına uygun olarak düzenlendiği; bundan mütevellit bedel kaydının aksini iddia eden tarafın iddiasını ispatla mükellef olduğuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 191.

<sup>169</sup> **Sayhan**, s. 72-73; **Poroy/ Tekinalp**, s. 166; **Sarıkaya**, s. 104-106; Aksi görüş için bkz. **Kınacıoğlu**, s. 139-140.

<sup>170</sup> **Develi**, s. 82.

<sup>171</sup> **Develi**, s. 83.

ödenmesi/havalesi vaadi unsurunun zedelediği olgusu bulunmaktadır.<sup>172</sup>

Soyut teminat kayıtlarının, tıpkı bedel kayıtları gibi birer ispat vasıtasından ibaret olduğunun kabulü gerekmektedir. İzah ettiğimiz üzere kambyo senetlerinde muayyen bir bedelin ödenmesi hususu kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Fakat şart vasfı taşımamakla birlikte senet üzerine bedel kaydının da yazılması hukuken mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken nokta senedin ödenmesinin, asıl ilişkinin ifasına bağlanıp bağlanmadığıdır. Aksi durumda senet kambyo senedi niteliğini kaybedecektir.<sup>173</sup>

“...Bonoya isteğe bağlı olarak, faiz, bedelin malen veya nakden alınmış olduğu, veyahut yetkili mahkeme kayıtları eklenebilir. Yinelemek gerekirse ‘bedel kaydı’ kambyo senetleri kapsamında ihtiyari kayıtlardandır. Bu kayıt borçlunun, senedin lehtarından karşı edayı aldığı ispatı yaramaktadır. Kambyo senetleri bakımından bu kayıtların hiçbir anlam ve önemi bulunmamaktadır. Çünkü kambyo senedi düzenlenmesiyle soyut bir borç ilişkisi oluşturulmaktadır. Bu nedenle karşı edimin ifa edilmediğinin bir önemi yoktur. Asıl borç ilişkisinin bir kelimeyle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının, varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez. (HGK 2003/19-781 E.,2003/768 K.) Somut olayda, icra takibine dayanak yapılan bononun ön yüzünde ‘nakden’ ibaresine yer verilmiş ve bu hali ile takip alacaklısı elinde bulunmaktadır. Bahsi geçen bu ibare senedin tahsilini koşula bağlamadığı gibi, bu belgenin teminat amacıyla verildiğine dair bir irade beyanı da dosyada bulunmamaktadır. Borcun sebebinin ve senedin düzenlenme amacını gösteren ve temel borç ilişkilerinin açıklanmasından ibaret olan bu sözcükler, senedin bono niteliğini etkilemez. Bu keyfiyette, senette asıl borç ilişkisine dair açıklamalara yer verilmiş olması, TTK’nin 776. Maddesi uyarınca, bono vasfını etkilemeyeceğinden...”<sup>174</sup>

172 Cironun kayıtsız ve şartsız olması gerektiğine ilişkin TTK. m. 682/2 “Cironun kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Cironun bağlı tutulduğu her şart yazılmamış sayılır.” şeklindedir.

173 **Pulaşlı**, s. 269; Soyut teminat kayıtlarının kambyo senetlerine konulması durumuna cevaz verilebileceğine ilişkin bkz. **Ülgen ve diğerleri**, s. 167.

174 Yarg. HGK., E. 2017/714, K. 2017/639, 05.04.2017, (“Lexpera”, <https://www-lexpera-com-tr>, E.T. 30.09.2022); Mal kaydı bulunan bonoda borçlu alacaklıdan mal almadığını iddia edip, alacaklı da borçluya mal vermediğini kabul ederse bu durumda

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın bedel kayıtları özelindeki tutumu istikrarlıdır. Bedel kaydı içeren senetlerde hem bu kayıt hem de kambiyo senedi vasfı geçerliliğini sürdürmektedir.<sup>175</sup> Benzer şekilde mücerret teminat kayıtlarının da senedin soyutluk vasfına zarar vermediği görüşü öğretide benimsenmektedir.<sup>176</sup> Teminata ilişkin soyut kayıtlar, tıpkı bedel kayıtlarında olduğu gibi ispat açısından bir etki sağlamaktadır.<sup>177</sup>

Belirtmek gerekir ki her kambiyo taahhüdünün arkasında bir hukuki mesnet mevcuttur. Sebep içermeyen bir hukuki işlemin var olabilmesi düşünülemez. Temeldeki sorun kambiyo senetleri kapsamında hukuki sebep ve asıl ilişki kavramları iç içe geçmiş vaziyette olmasıdır. Fakat bu iki kavram birbirinden tamamen farklılık arz etmektedir. Teknik manada hukuki sebep, kazandırıcı işlemin taraflarca üzerinde anlaşılan en yakın gayesidir.<sup>178</sup> Bu açıklamaya dayanarak söylenebilir ki; asıl borç ilişkisi, kambiyo borcunun sebebi değildir. Ancak temel ilişkinin çeşitli hukuki sebepleri olabilmekle birlikte bu durumun senet ilişkisine hiçbir tesiri bulunmamaktadır. Kambiyo alacağının hukuki sebebi, aksi taraflarca öngörülmediği müddetçe “*ifa uğruna*” olmasıdır.<sup>179</sup> Buna bağlı olarak senet borçlusu, kambiyo taahhüdünden doğan borcunu ifa etmediği müddetçe borçtan kurtulamaz.<sup>180</sup> Kambiyo senetlerinin en sık görülen hukuki sebebi, ifa uğruna verilmesidir. Ortada asıl ilişki olmamasına rağmen düzenlenen hatır senetlerinde dahi hukuki sebep mevcuttur. Hatır senedi tanziminde farklı amaçlar olabilmekle birlikte genel olarak senet kredi temin etmek

---

borçlunun iddiası sabit olmuştur. Lehtarın, bedelin para olarak verildiği iddiası ise ispatı kendisine düşen bir husus olduğu görüşü için bkz. **Eriş**, s. 731.

175 **Pulaşlı**, s. 270; **Eriş**, s. 729.

176 **Poroy/Tekinalp**, s. 243; **Pulaşlı**, s. 271; **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 165; **Sarıkaya**, s. 137-138.

177 Soyut teminat kayıtlarının, bedel kayıtlarında olduğu gibi ispata yönelik bir etki yaratacağına ek olarak, bedel kayıtlarının açıkça karşı edimin ifa edildiği anlamını taşıdığı, fakat soyut teminat kayıtlarına böyle bir anlam yüklenmesinin mümkün olamayacağı, tam aksine edimin ifasını teminat altına almak maksadıyla kambiyo senedi düzenleme yoluna gidildiği görüşü için bkz. **Kendigelen**, Çek Hukuku, s. 196; Soyut teminat kaydı içeren senetleri iktisap eden üçüncü kişilere karşı teminat definin ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu hakkında bkz. **Sarıkaya**, s. 137-138.

178 **İnan**, s. 16.

179 **İnan**, s. 17.

180 TBK. m. 133/2 gereği mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması hali yenileme sayılamaz. Aksinin kabulü için tarafların açıkça borç yenileme iradelerinin olmadığını belirtmeleri gerekmektedir.

amacıyla verilmiştir.<sup>181</sup> Dolayısıyla her kambiyo taahhüdünün mutlaka bir sebebi bulunmaktadır. İş bu açıklamalar ışığında kanaatimizce asıl ilişkiye atıf yapılmaması kaydıyla, senet metnine mücerret teminat kayıtları konulması, soyutluk ilkesini ihlal etmemektedir. Çünkü bu neviden kayıtlar, kambiyo taahhüdünün hukuki sebebini gösteren ve fakat asıl ilişkiye atıf yapmayan kayıtlardır. Dolayısıyla soyut teminat kayıtlarının, senedin kambiyo senedi olma vasfına halel getirmediğinin kabulü kanaatimizce isabetli olacaktır.

### b. Asıl İlişkiye Atıf Yapan Teminat Kayıtları

Asıl ilişkiye atıf yapan, yani “... tarihli kira sözleşmesinin teminatıdır” gibi kayıtlar içeren senetler bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.09.2020 tarih, E. 2017/269, K. 2020/591 sayılı kararında, senedin kayıtsız ve şartsız borç vaadini içermemesi sebebiyle kambiyo senedi vasfının kaybedildiğine kanaat getirmiştir.<sup>182</sup> Öğretideki baskın görüş, asıl ilişkiye atıf yapılması yoluyla tanzim edilen teminat senetlerinin kambiyo senedi vasfını kaybettiği yönündedir.<sup>183</sup> Bu görüş etrafında birleşen yazarla göre senet metninde asıl ilişkinin gösterildiği teminat kayıtları, so-

181 **Sarıkaya**, s. 104.

182 Yarg. HGK., E. 2017/269, K. 2020/591, 15.09.2020, (**Kendigelen**, Çek Hukuku, s. 197); “... takip dayanağı 35.000,00 TL. bedelli bononun arka tarafında ‘iş bu senet 334,67 gr has altın karşılığıdır’ ibaresinin yer aldığı, alacağın varlığının şarta bağlandığı veya senedin teminat senedi olduğuna dair bir kayıt bulunmadığı görülmektedir. Her ne kadar alacaklı savcılıkta verdiği ifadesinde borçlu tarafa 334,67 gram altın verdiğini, borçlularında teminat olarak takip dayanağı senedi tanzim ettiklerini ifade etmiş ve mahkemece alacaklının takip dayanağı bononun teminat olduğuna yönelik beyanı asıl ilişkiyi izah etmeye yönelik olup söz konusu beyanın kambiyo senedi vasfını etkileyecek nitelikte alacağın koşula bağlandığı ya da tahsilinin yargılamayı gerektirdiği şeklinde yorumlanması olanaklı değildir...” Yarg. 12. HD., E. 2014/8955, K. 2014/11475, 18.04.2014, (**Sarıkaya** s. 99-100).

183 **Ülgen ve diğerleri**, s. 167; **Pulaşlı**, s. 270; **Poroy/Tekinalp**, s. 268-269; **Sayhan**, s. 72; aksi yönde bir görüş olarak, asıl ilişkiye atıf yapan kayıtların senedin kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceği, böyle bir sonucun ortaya çıkması için kambiyo senedindeki alacağın ödenmesinin, asıl ilişkideki şartlara bağlı kılınması gerektiği görüşü için bkz. Abuzer **Kendigelen**, Hukuki Mütalaalar, C. XII, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 186-187; Halil **Arsanlı**, Ticari Senetler Dersleri, Sermet Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1954, s. 44.



yutluk ilkesini ihlal etmektedir. Dolayısıyla bu neviden kayıtlar içeren senet kambiyo senedi vasfına sahip değildir.<sup>184</sup> Kambiyo senetlerinde soyutluğun kayıtsız ve şartsız ödeme unsurunda tezahür ettiği göz önüne alındığında; senet metninde kambiyo alacağının sebebi ile alakalı kayıtlar konulması halinde ortada geçerli bir kambiyo senedinin varlığından söz edilemez.<sup>185</sup> Senedin ödenmesinin şarta bağlanmasının da ötesinde, asıl borç ilişkisinin ne olduğunun senet metninden anlaşılması dahi soyutluk ilkesini zedelemektedir. Bu bağlamda kambiyo senetlerinin sıkı şekil şartlarına bağlanmış olması, bir taraftan kambiyo sözleşmesinin oluşması için bu şartların eksiksiz ihtiva edilmesini; diğer yandan da kanunda müsaade edilenlerin dışında kayıt ve şarta yer verilmesinin olanaklı olmaması anlamına gelmektedir.<sup>186</sup> Öğretide bir kısım yazarlar, asıl ilişkiye atıf yapan teminat kayıtlarının kullanılmasıyla kambiyo senedi vasfının kaybedileceğini savunmakla beraber, bu durumu başka kavramlar üzerinden açıklayarak aynı sonuca varmaktadırlar.<sup>187</sup> Belirtmek gerekir ki asıl ilişkiye atıf yapan teminat kayıtlarının varlığı halinde dahi kambiyo senedi vasfının kaybedilmeyeceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.<sup>188</sup>

*“6102 Sayılı TTK'nin 776. maddesi uyarınca bononun, kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi unsuruna haiz olması zorunludur. Bu nitelikte olmayan bono, kambiyo senedi vasfında kabul edilemez. Somut olayda, takip dayanağı belgenin arka yüzüne ‘ bu senet iş karşılığı verilip başka hiçbir yerde kullanılamaz, iş tesliminde taraflara iade edilecektir.’*

<sup>184</sup> Öztan, s. 450.

<sup>185</sup> Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 142; İnan, s. 46; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler, Ankara 1970, s. 105.

<sup>186</sup> Sayhan, s. 72.

<sup>187</sup> Asıl ilişkiye atıf yapan teminat kayıtlarının senedin ödenmesini şarta bağlaması sebebiyle kambiyo senedi vasfını kaybettireceği görüşü için bkz. Reisoğlu, Çek, s. 88; Sarıkaya, s. 107; Pulaşlı, s. 270-274.

<sup>188</sup> Temel ilişkiye atıf yapan teminat kayıtlarının, uygulamada müsaade edilen ve yasaklı kayıtlar arasında olmayan bedel kaydıyla benzerlik addettiği; ayrıca mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan ve bizim hukukumuzda da TTK. madde 671, madde 776, madde 780'de karşılığı olan hükümlerde yalnızca şartsız havale/ ödeme vaadi olarak tanzim edildiği ve ayrıca kayıtsızlık aranmadığı savunması için bkz. Boztosun, s. 1491-1492; Kambiyo senedinin ancak bozucu veyahut geciktirici bir şarta bağlanması durumunda kambiyo senedi sıfatını kaybedeceğinden yola çıkarak, koşula bağlı olmayan fakat senet metninde temel ilişkinin gösterildiği teminat kayıtlarının kambiyo senedi vasfını zedelemeyeceği görüşünü benimsemiştir bkz. Arslanlı, s. 46-47; Adıgüzel, s. 141-142.

*ibareleri bulunmaktadır. Bu keyfiyette, senedin neyin teminatı olduğu açıklanmış olmakla teminat iddiasının ayrıca ispatı gerekmez. Takip dayanağı senet kayıtsız şartsız borç ödeme vaadi içermediğinden...’’<sup>189</sup>*

*“...Takip dayanağı bononun arka yüzünde ‘ bu senet karşılığında beş konteynir kumaş beklenmekte’ ibaresi yazılıdır. Bu durum, senedin teminat senedi olduğuna işaret etmektedir. Bunun bir sonucu olarak bononun, kayıtsız şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini içermediğinin kabulü gerekir...’’<sup>190</sup>*

Kanaatimizce asıl ilişkiye atıf yapan teminat kayıtları, kambiyo senetlerinin temel ilişkiden soyut olma özelliğini zedelemektedir. Dolayısıyla bu neviden kayıtları ihtiva eden senetlerin, kambiyo senedi vasfında olmadığına kabulü gerekir. Çünkü kambiyo senetlerinin emniyet ve süratle tedavül edilmesini sağlamanın yolu senedi asıl ilişkiden soyutlamaktan geçer.<sup>191</sup>

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer yer kambiyo senetlerinin illeten mücerret senetler olduğundan bahsetmiştik. Kambiyo senetlerinin mevcudiyeti ve geçerliliği onun düzenlenmesine sebep olan temel ilişkinin varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir. İkinci olarak senet metninden, asıl ilişkinin ne olduğu anlaşılammamaktadır.<sup>192</sup> Asıl ilişkinin senet metninde gösterilmesi durumunun, senedin kayıtsız şartsız olması kuralını ihlal ettiğinin kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla kambiyo senetlerine hâkim olan havalenin/ ödeme vaaadinin kayıtsız şartsız olması kuralı, asıl ilişkinin senet metninde gösterilmemesini de ifade etmektedir. Bu sayede kambiyo senetlerinin güvenli şekilde tedavülü sağlanmış olacaktır. Düzenleyenin, senet metnine soyut bir ifadeyle teminat kaydı düşmek yerine asıl ilişkiyi

<sup>189</sup> Yarg. 12. HD., E. 2014/13699, K. 2014/16373, 05.06.2014, (Coşkun, s. 426); “...takip konusu bononun önyüzünde ‘01.06.2011 tarihinde ...imzalanın sözleşmeye dayalı olarak alınan teminat senedinin’ açıklaması olduğuna göre, bu senet TTK. m. 688 gereğince kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe konu edilemez.” Yarg. 12. HD., E. 2012/17743, K. 2012/34627, 26.11.2012, (Eriş, s. 797).

<sup>190</sup> Yarg. 12. HD., E. 2012/13809, K. 2012/30799, 31.10.2012, (Eriş, s. 802).

<sup>191</sup> **Kendigelen**, Hukuki Mütalaalar, s. 185.

<sup>192</sup> **Kendigelen/Kırca**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 126.

gösterecek şekilde bir ibare koyması şüphesiz başka bir amaca hizmet etmektedir.<sup>193</sup> Bu amaç ise, kambiyo alacağının ödenmesinin, temel ilişki- den doğan borcun ifa edilmesine bağlanmasından ibaret olarak yorumlanabilir. Aynı zamanda kamu güvenine mazhar senetler olan kambiyo senetlerinde temel ilişkiye dair ibarelerin bulunması tedavül kolaylığı ve güvenilirliğiyle bağdaşmaz bir niteliktedir.

### c. Şart İçeren Teminat Kayıtları

Konu özelinde son olarak değineceğimiz husus senedin ödenmesini şarta bağlayan teminat kayıtlarıdır. Hiç şüphe yoktur ki bu tarz kayıtlar ihtiva eden senetler kambiyo senedi vasfında olamayacaklardır.<sup>194</sup> Örneğin “*inşaat bitiminde ödenecektir*”, “*eseri ... tarihinde tamamlayamazsam ödenecektir*” gibi kayıtlar kambiyo taahhüdünü açıkça şarta bağlamaktadır. TTK. m. 671 /1-b, m. 776/1-b, m. 780/1-b maddeleri uyarınca havaleyi veya ödeme vaadini şarta bağlayan bir kaydı ihtiva eden senet, kambiyo senedi niteliğinde olamaz. Özel hukuktaki şekil serbestisi prensibi, kambiyo senetlerinde uygulama alanı bulamaz.<sup>195</sup> Bunun sebebi ise kambiyo senetlerinin tedavülünden doğan güven ihtiyacıdır. Bu bağlamda kambiyo senetlerinde sıkı sıkıya şekle bağlılık esası benimsenmiştir. Senet metnine konulması yasak kayıtların varlığı hiç şüphesiz kambiyo senedi vasfını kaybettirecektir.

Yargıtay, senet metnindeki teminat kayıtlarını, öğretidekinin aksine ikili ayrıma giderek incelemektedir. Teminat kayıtlarını, soyut veya asıl ilişkiye atıf yapan kayıtlar olarak ele alan Yargıtay, senedin şarta bağlandığı kayıtları ise asıl ilişkiye atıf yapan kayıtlar başlığı altında incelemektedir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın şart içeren kayıtlar bakımından senedin kambiyo senedi vasfını sürdürdüğünü kabul ettiğine ilişkin bir kararına rastlanılamamıştır.

“...Somut olayda; takibe konu senedin arkasında ‘not: Anneme ait olan x daireyi sattığım zaman parası ödenecek’ ibaresinin yazılı olduğu takip tarihinde ve şikayet tarihinde dayanak senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığı , her ne kadar takip başladıktan ve şikayet yapıldıktan sonra dairenin satıldığı, bir başka söylemle anlaşma konusu şartın vuku

<sup>193</sup> Bkz. Sarıkaya, s. 106-107.

<sup>194</sup> Öztan, s. 450; Bahtiyar, s. 67; Boztosun, s. 1491; Atay, s. 87; Pulaşlı, s. 270-271; Arslanlı, s. 45; Kınacıoğlu, s. 105; Karayalçın, s. 105; Domaniç, Şerh, s. 470.

<sup>195</sup> Sarıkaya, s. 108.

*bulması hususunda tarafların bir çekişme olmayıp takip sonrasında şartın gerçekleştiği sabit ise de bunun neticeye etkili olmayacağı; senet icra tabibine konulduğu anda şart içermesi sebebiyle kambiyo senedi vasfında olmadığı...*<sup>196</sup>

*“...Bononun ön yüzünde ‘Bu senet... dairenin satış karşılığı yapılmıştır’ ibaresi yer aldığına göre, bu kayıt TTK m. 776/1-b maddesinde öngörülen ‘kayıtsız ve şartsız’ unsurunu taşımadığından bonon vasfının bulunmadığının kabul edilmesi gerekir.”*<sup>197</sup>

#### **d. Yargıtay’ın Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi İlişkisi Bakımından Benimsediği Görüşün Çelişkisi**

Yargıtay’ın teminat olgusunun kanıtlanmasının, senede hangi ilişkinin teminatı olduğunun açıkça yazılması halinde olanaklı hale gelebileceğini yönelik kararlar vermesi uygulamadaki durumu çıkmaza sürüklemektedir. İlgili Yargıtay kararlarından çıkartılabilecek sonuca göre, bir senedin teminat senedi olduğunun kabul edilebilmesi için asıl ilişkiye senet metninde atıf yapılması gerekmektedir. O halde asıl ilişkinin senet üzerinde gösterilmesinin, senedin kambiyo senedi olma vasfını zedelemeyeceğinin kabulü gerekir. Fakat Yargıtay ilgili kararlarında, ancak asıl ilişkiye atıf yapılması sayesinde teminat senedinin varlığını kabul etmekle birlikte, temel ilişkiye yollama yapılmasının, senedin kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi/havalesi unsuruna hanel getirdiği tespitinde bulunmaktadır.<sup>198</sup> Bu durumda da ortada geçerli bir kambiyo senedinin varlığından bahsedebilmek mümkün olmayacaktır.<sup>199</sup> Kanaatimizce de senet metninde

<sup>196</sup> Yarg. 12. HD., E. 2017/8842, K. 2018/11933, 21.11.2018, (Atay, s. 57).

<sup>197</sup> Yarg. 12.HD., E. 2015/30231, K. 2015/4367, 02.03.2015, (Eriş, s. 748); “...bononun, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede açıkça ifade edilmesine göre, iş bu bonolar bakımından sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda tahsili öngörüldüğünden, bonoların şartlı tanzim edildiğinin kabulü gerekir.” Yarg. 12. HD., E. 2015/ 33260, K. 2015/1057, 19.01.2015, (Eriş, s. 756).

<sup>198</sup> Eski tarihli kararlarda aksi görüşün benimsendiğine de rastlanılmıştır. “... Bedeli Türkiye Turizm ve Dış Ticaret Bankası AŞ. İzmir açılan .... Nolu Stand by letter of credit Yedek Destek- Kredi Mektubu zımında ahz olunmuştur sözleri kambiyo senedinin ihdas nedenini göstermekte olup, TTK. 'nin 688/2'nci maddesine aykırılık teşkil edecek bir meşruhat olarak kabul edilemeyeceği...” Yarg. HGK., E. 1998/12, K. 1998/13, 11.02.1998, (Sarıkaya, s. 100).

<sup>199</sup> Bkz. Sarıkaya, s. 99.

asıl ilişkinin gösteriliyor olması senedin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi/havalesi vaadi kuralını ihlal etmektedir. Çünkü bu durum kambiyo senetlerinin temel prensiplerinden bir tanesi olan soyutluk ilkesini zedelemektedir. Dikkat çekmeye çalıştığımız husus, Yargıtay'ın teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetlerinin geçerliliği bakımından aradığı şartların hukuki mantığının hatalı ve kendi içinde çelişkiler barındıracak şekilde kuruluyor olmasıdır.

Öte yandan Yargıtay'ın, mücerret teminat kayıtlarının tek başına senedi teminat senedi halinde getirmediği görüşünde olduğunu göz önüne aldığımızda, teminat amacıyla kambiyo senedi tanzim edilmesinde, senedin her iki tarafı için de makul bir yarar kalmamaktadır.<sup>200</sup> Neticede Yargıtay'ın benimsediği görüş gereği kambiyo senetlerinin teminat amacıyla düzenlenebilmesinin önünde bir engel bulunmamakla birlikte, kambiyo senetlerine has avantajlardan faydalanılması da olanaklı kılınmamaktadır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise harici sözleşme ile düzenlenen teminat senetleri bakımından ortaya çıkan sorunlardır. Çalışmamızda da yer verdiğimiz üzere Yargıtay, harici protokolde açık atıf yapılmasıyla oluşturulan teminat senetlerinin, senedin belirli bir bedelin kayıtsız ve şartsız havalesi/ödemesi vaadi unsurunu içermediği tespitinde bulunarak kambiyo senedi vasfını kaybettiği görüşündedir. Her bir kambiyo senedi türü için zorunlu şekil şartları TTK. ilgili maddelerinde sayılmıştır.<sup>201</sup> Dolayısıyla kanunda belirtilen şekil şartlarına haiz her senet, kambiyo senedi vasfındadır.<sup>202</sup> Kambiyo senetlerinde geçerli olan soyutluk ilkesinin

<sup>200</sup> Varsayımsal olarak düşünüldüğünde teminat senedi keşide eden asıl ilişki borçlusu, mücerret teminat kaydı içeren bir kambiyo senedi tanzim ettiği taktirde, mesuliyeti yalnızca teminat altına alınan edimle sınırlı kalmayacaktır. Çünkü Yargıtay'ın benimsediği görüş gereği mücerret teminat kayıtları yazılmamış sayılmaktadır. Sonuç olarak asıl ilişki borçlusu, teminat altına alınan edimin haricinde geniş bir mali sorumluluk altına girerek kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi tehdidi altında kalacaktır. Senet alacaklısının kötünietli olduğu varsayımında borçlu açısından telafisi imkansız sonuçlar doğabilecektir. Senet metninde asıl ilişkiye atıfta bulunulduğu taktirde ise bu sefer senet alacaklısı dezavantajlı konuma düşecektir. Çünkü temel ilişkinin senet metninde gösterilmesi hasebiyle senet kambiyo senedi olma vasfını kaybedecektir. Bunun sonucunda ise alacaklı bakımından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibinin avantajlarından faydalanılma imkanına erişilemeyecektir.

<sup>201</sup> Bkz. TTK. m. 671, m. 776, m. 780, m. 672.

<sup>202</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 90.

özünde ise, izah edildiği üzere kambiyo taahhüdünün sebebinin senet metninde gösterilmemesi olgusu bulunmaktadır. Bu durumda senet metnine yansımayacak şekilde harici sözleşme ile teminat senedi oluşturulmasının, soyutluk ilkesini ihlal etmeyeceğinin kabulü gerekir. Her ne kadar harici protokol ile tanzim edilen teminat senetleri bakımından senet metninden anlaşılamayan bir durum olması hasebiyle üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunuyorsa da, senedin tarafları arasında da geçerli bir kambiyo senedinin var olduğunun kabul edilmesi gerekir.<sup>203</sup> Yani senet alacaklısı tarafından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi başlatıldığı takdirde, ortada geçerli bir kambiyo senedinin varlığının bulunduğunu; buna binaen senet borçlusunun harici protokolü bir şahsi defî olarak ileri sürebileceğinin kabul edilmesi daha isabetlidir olacaktır.

## SONUÇ

Kambiyo senetlerinin muayyen miktarda bir para borcunun kayıtsız şartsız havalesini/ ödeme vaadini içermesi, TTK. ilgili hükümleri gereği yasal bir zorunluluktur. Kambiyo senetlerinin mücerretliği, kayıtsız ve şartsız havale/ ödeme vaadi içermesi unsurunda tezahür etmektedir. Dolayısıyla mücerretlik, hukuki geçerliliğe haiz bir kambiyo senedinden bahsedilebilmesi için olmazsa olmaz niteliktedir.

Kambiyo senetleri anlamındaki soyutluk ilkesiyle borçlar hukuku anlamındaki soyut borç tanınması arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Borçlar hukuku anlamındaki mücerretlik yalnız ispat soyutluğundan ibarettir. Fakat kambiyo senetlerinin mücerret olması yalnızca ispat soyutluğunu ifade etmemektedir. Mücerret kambiyo senetleri, asıl alacaktan bağımsız bir borç doğuran hukuki işlemlerdir. Soyut borç tanınmalarında ise yeni ve bağımsız nitelikte bir borcun doğduğunun kabul edilebilmesi için tarafların bu yönde açık iradelerinin bulunması gerekmektedir. Bu durumdan mütevellit soyut borç tanınmasının yeni ve bağımsız nitelikte olduğunu iddia eden taraf, iradelerin bu yönde olduğunu ispatla mükelleftir. Belirtmek gerekir ki mücerret borç tanınması ve kambiyo senetleri bakımından

<sup>203</sup> "...Alacaklı B. Factoring AŞ. İle P. Mimarlık ... Ltd. Şti. arasında tanzim edilen 18.09.2013 tarihli factoring sözleşmesi ile P. Mimarlık ... Ltd. Şti. 'nin 335.000,00 TL tutarında borca karşılık olarak B. Factoring AŞ.'ye 335.000,00 TL bedelli çek verdiği... Bu durumda mahkemece, teminat iddiası kanıtlanmış olmakla, dayanak senet TTK. 'nin 776/1-b maddesinde yer alan kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi unsurunu içermediğinden İİK. 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline..." Yarg. 12. HD., E. 2015/30334, K. 2015/423, 13.01.2015 ( Eriş, s. 757).

geçerli olan soyutluğun ortak özelliği, her iki hukuki işleminde ispat yükünün taraflar arasında yer değiştirmesine sebep olmasıdır.

Kambiyo senetlerinin verilmesi sebebi asıl borç ilişkisi değil, tedavül anlaşmasıdır. Detaylı izah etmek gerekirse, kambiyo senetleri keşideci ve lehtar arasında asıl ilişkiden kaynaklanan borcun ifa edilmesini sağlamak maksadıyla düzenlenmesine karşın, asıl ilişki haricinde bir tedavül anlaşması uyarınca düzenlenmektedir. Taraf iradelerinin ne yönde kanalize edildiği tedavül anlaşmasının da niteliğini belirleyecektir. Taraflar asıl ilişkiden kaynaklanan borcu değiştirerek ifa yerine edim niteliğinde bir kambiyo borcu oluşturmak için anlaşılırsa, bu durumda tedavül anlaşması asıl borcun ifasının yerine bir anlaşmadan ibarettir. Fakat bu hususta herhangi bir iradi açıklamanın olmaması durumunda kambiyo senedi düzenlenmesiyle birbiriyle yarışan nitelikte iki alacak hakkı bulunmaktadır. Asıl alacağın ifası uğruna kambiyo senedi düzenlenmesi durumunda tedavül anlaşması, bağımsız borçlandırıcı bir anlaşmadan ibaret olacaktır.

Ödeme ve kredi amaçlarına ek olarak kambiyo senetleri teminat amacıyla da düzenlenmektedir. Uygulamada, tarafların kendi aralarında tanzim ettikleri harici bir protokol vasıtasıyla ilgili kambiyo senedine açık atf yapılarak teminat senedi oluşturulabileceği gibi; senet metnine teminata dair kayıt konulmasıyla da teminat senedi düzenlenebilmektedir. Yargıtay, harici protokol ile düzenlenen teminat senetlerinin, kambiyo senetlerinin kayıtsız ve şartsız belirli bir miktar bedelin ödenmesi unsurunu ihlal ettiğini, dolayısıyla ortada kambiyo senedi vasfına haiz bir senetten bahsedilemeyeceği tespitinde bulunmaktadır. Fakat senet metnine yansımayan bir olgu nedeniyle, senedin soyutluğunun zedelendiğinin kabul edilmesi isabetli olamayacaktır. Taraflar yasal düzenlemelere uygun şekilde kambiyo senedi tanzim ederek soyut bir taahhütte bulunmuşlardır. Harici protokol ise yalnızca asıl ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebi- lecek şahsi bir defî imkânı vermektedir.

Kambiyo senetlerine teminata dair üç farklı kayıt konulabilmektedir. Yalnızca teminat olduğunu belirten soyut kayıtlar, asıl ilişkiye atıfta bulunan kayıtlar ve son olarak senedin ödenmesini şarta bağlayan kayıtlarla kambiyo senetlerine teminat işlevi kazandırılmaya çalışılmaktadır. Yargıtay, soyut teminat kayıtlarının senedin kambiyo senedi vasfına halel getirmeyeceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce de bu neviden kayıtlar tıpkı bedel kayıtlarında olduğu gibi yalnızca ispat açısından hüküm ifade edebilir. Kambiyo senedinin soyutluğunu zedeleyecek bir niteliği bulunmamaktadır.

Asıl ilişkiye atıfta bulunan teminat kayıtlarının, senedin soyutluğunu ihlal ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yargıtay ve öğretideki genel görüş asıl ilişkinin senet metninde gösterilmesini mücerretliğe aykırı bulmaktadır. Kambiyo senetleri, mücerretliğinin bir gereği olarak kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin havalesi/ ödeme vaadi unsurunu içermek durumundadır. Asıl ilişkinin senet metninde gösteriliyor olması dahi soyutluk unsurunu zedelemektedir. Senedin ödenmesini şarta bağlayan teminat kayıtları ise hiç şüphesiz senede kambiyo senedi vasfını kaybettirecektir.

Yargıtay, kambiyo senedinin teminat amacıyla verildiğinin ispat edilebilmesini, senede hangi ilişkinin teminatı olduğunun yazılması şartına bağlamıştır. Kanaatimizce buradan çıkartılacak sonuç, asıl ilişkinin senet metninde gösterilmesi durumunun kayıtsız şartsız havale/ ödeme vaadi unsurunu zedelemeyeceği olmalıdır. Fakat Yargıtay, teminat senedinden bahsedilebilmesi için asıl ilişkiye atıf yapılmasının gerekliliğini vurguladıktan hemen sonra iş bu kayıtların soyutluk unsuruna hanel getirdiği tespitinde bulunmaktadır. Asıl ilişkinin senet metnine yazılması kanaatimizce de senedin mücerretliğini zedelemektedir. Dikkat çekmeye çalıştığımız konu, Yargıtay'ın bu husustaki gerekçelerinin birbiriyle çelişir nitelikte olduğudur.



**KAYNAKÇA**

**Adıgüzel**, Burak. “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi. C. IV, S. 2, 2018, s. 129-148.

**Altaş**, Hüseyin. Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri. 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**Arslanlı**, Halil. Ticari Senetler Dersleri. Sermet Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1954.

**Atay**, Egemen. Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Bahtiyar**, Mehmet. Kıymetli Evrak Hukuku. 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

**Baumbach**, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang. Wechselgesetz und Scheckgesetz. 22. Baskı, C.H. Beck, München 2000.

**Baumbach**, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang/**Casper**, Matthias. Wechselgesetz Scheckgesetz. 23. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008.

**Bozer**, Ali/ **Göle**, Celal. Kıymetli Evrak Hukuku. 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021.

**Bozkurt**, Tamer. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

**Coşkun**, Mahmut. Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku. 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Çamoğlu**, Ersin. “Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. C. 35, S. 3, 2019, s. 5-35.

**Çamoğlu**, Ersin. Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

**Develi**, Emine. “Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro su”. Sakarya Hukuk Dergisi. C. 4, S. 2, 2016, s. 79-103.

**Doğan**, Özgür. Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2020.

**Domaniç**, Hayri. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Baskı, Eğitim Yayınları, İstanbul 1975.

**Domaniç**, Hayri. Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi 4. Temel Yayınları, İstanbul 1990.

**Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**Google**. “Lexpera”. <https://www-lexpera-com-tr>, E.T. 01.10.2022.

**Gönen**, Eriş. Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak. 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Hueck**, Alfred/**Canaris**, Claus Wilhem. Recht der Wertpapiere. 12. Bası, Vahlen, Münih 1986.

**İnan**, Nurkut. Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969.

**Kendigelen**, Abuzer. Çek Hukuku. 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Kendigelen**, Abuzer. Hukuki Mütalaalar C. XII. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

**Kendigelen**, Abuzer/**Kırca**, İsmail. Kıymetli Evrak Hukuku. 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Kınacıoğlu**, Naci. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1984.

**Kuru**, Baki/**Aydın**, Burak. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

**Nomer**, Haluk Nami. Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı. 3. Baskı, Beta Yayıncılık, Nisan 2022.

**Odman Boztosun**, Nuriye Ayşe. “Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı”. Legal Hukuk Dergisi. S. 53, 2007, s. 1487-1500.

**Oğuzman**, Kemal/Nami, **Barlas**. Medeni Hukuk Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar. 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

**Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

**Öztan**, Fırat. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.

**Poroy**, Reha/**Tekinalp** Ünal. Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

**Reisoğlu**, Seza. Çek Hukuku. Ankara 2011.

**Reisoğlu**, Seza. Türk Kefalet Hukuku. Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964.

**Sarikaya**, Merve. Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

**Sayhan**, İsmet. Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi. Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

**Serozan**, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem Cem. Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

**Sungurbey**, İsmet. Borç İkrarı ve Borç Vaadi. Akgün Matbaası, İstanbul 1957.

**Süphandağ**, Yavuz. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

**Şafak**, Ali/**Eraslan**, Duygu/**Baklacı Çakıroğlu**, Evren/**Ünlütepe**, Mustafa/**Öztürk Almaç**, Tuğçe/**Ünal**, Nurdoğan. Alacağın Temliki (Devri) Özel Görünüş Biçimleri. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla. Tekinay Eşya Hukuku Cilt 1 Zilyedlik - Tapu Sicili - Mülkiyet. 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nedret Füsün**, Nomer Ertan. Kıymetli Evrak Hukuku. 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

**von Tuhr**, Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı. Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

**Yavaş**, Murat. Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Yenipınar Berberoğlu**, Filiz. Hukuk Davalarında İspat. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.