



Ankara Barosu

Yıl: 82 | Sayı: 2024/3 | ISSN 1300-9885

DERGİSİ

HAKEMLİ MAKALELER

- | | |
|---|------------------------------|
| Gümrük Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Önemi: Danıştay Kararı Işığında Bir İnceleme | Muradiye ÇEVİKÇELİK |
| 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi | Gözde ÜLKER |
| Biyçeşitliliğin Korunması ve Sürdürülebilirlik Bağlamında İstilacı Türlerle Mücadelenin Birlik Hukukundaki Temelleri ve Türkiye | İpek ÇİMEN BULUT |
| Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi | Ziya KOÇ |
| Konkordato Kesin Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi (İİK M. 296) | Yunus Emre GÖGER |
| Kooperatiflerde Ortaklık Payı ve Risturn Hakkı | Hayri BOZGEYİK
Büşra KAYA |
| Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu | Cengiz Topel ÇİFTÇIOĞLU |
| Nasyonal Sosyalizmin Roma Hukukuna Bakışı ve Roma Hukukunun Evrenselliği Üzerine | Özlem SÖĞÜTLÜ |
| Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Tazminata İşletilecek Faizin Başlangıç Tarihi | Ahmet BAĞRIAÇIK |
| 1908-1914 Tartışmaları: Nasıl Bir Adem-i Merkeziyetçilik? | Merve ÜNAL AÇIKGÖZ |
| Hukuka Müzik Estetiği Penceresinden Bir Bakış Denemesi | Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY |
| Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarına Silahlı Çatışmalar Hukukunun Uygulanması | Zeynep ERHAN BULUT |

MAKALELER

- | | |
|---|--------------------------------------|
| Haksız Fiil Hukuku Bağlamında Cezalandırıcı Tazminat: Tarihsel Gelişimi, Türk Hukukundaki Yeri ve Türk Hukukunda Kullanılmasına İlişkin Bir Öneri | Gülce Ecem UÇAR
Ömer DEMİRTAŞOĞLU |
| İnternetin Gücü: İfade Özgürlüğünün Yeni Yüzü | Nasuh Buğra KARADAĞ |



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 82 | Sayı: 2024/3 | ISSN 1300-9885

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association
is being permanently indexed in law databases.*

Yıl/Year: 82 Sayı/Issue: 2024/3 ISSN: 1300-9885

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80
www.ankarabarusu.org.tr
abym@ankarabarusu.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout
Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing date
2024

Baskı Adedi | Print run
250

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2024
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed journal, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2024
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

Editör Yardımcıları / Assistant Editors
Doç. Dr. Mehmet Erdem AYBAY Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYSMAZ Arş. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN
Arş. Gör. Dr. Ezgi Fulya AKKUŞ

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Merkez Başkanı / Head of the Center
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

Merkez Başkan Yardımcıları / Vice Presidents
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Merkez Genel Sekreteri / Secretary
Av. Berkay YILMAZ

Merkez Saymanı / Bookkeeper
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK
39. Av. Batuhan YILMAZ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŐPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
31. **Dr. Fatma KARAKAŐ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
32. **Dr. Stephanie LEMKE**
33. **Av. Semih GÜNER**, Ankara Barosu

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark sistemi üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writingrules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların Ankara Barosu Yayınları Merkezi e-posta adresine (abym1924@gmail.com) gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.

9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. Ana metin ve dipnotlar iki yana yaslı olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.

Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

İngilizce makale gönderilmişse; İngilizce Başlık > Abstract > Keywords > Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler şeklinde sıralanmalıdır.

5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik (Lütfen gerekmedikçe kullanmayınız)

6. Atıflar, metin içinde gösterilmez. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden önce verilmelidir.
7. Atıflarda ve kaynakçada Türk Hukuk Atıf Sistemi (TÜHAS) esas alınır. Bu sistemin ayrıntılarına (<https://www.tuhas.com.tr/>) internet adresinden ulaşılabilir.

Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örnekleri ile mevzuat, mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen TÜHAS sistemine hassasiyetle uyunuz.

Başkanın Köşesi.....	XV
Av. Mustafa KÖROĞLU	

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

1	Gümrük Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Önemi: Danıştay Kararı Işığında Bir İnceleme	1
	Muradiye ÇEVİKÇELİK	
2	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi	37
	Gözde ÜLKER	
3	Biyoçeşitliliğin Korunması ve Sürdürülebilirlik Bağlamında İstilacı Türlerle Mücadelenin Birlik Hukukundaki Temelleri ve Türkiye	91
	İpek ÇİMEN BULUT	
4	Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi.....	139
	Ziya KOÇ	
5	Konkordato Kesin Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi (İİK M. 296)	187
	Yunus Emre GÖGER	
6	Kooperatiflerde Ortaklık Payı ve Risturn Hakkı	233
	Hayri BOZGEYİK Büşra KAYA	
7	Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu	253
	Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU	
8	Nasyonal Sosyalizmin Roma Hukukuna Bakışı ve Roma Hukukunun Evrenselliği Üzerine	295
	Özlem SÖĞÜTLÜ	
9	Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Tazminata İşletilecek Faizin Başlangıç Tarihi.....	349
	Ahmet BAĞRIAÇIK	

- 10** 1908-1914 Tartışmaları: Nasıl Bir Adem-i Merkeziyetçilik? 391
Merve ÜNAL AÇIKGÖZ
- 11** Hukuka Müzik Estetiği Penceresinden Bir Bakış Denemesi 429
Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY
- 12** Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarına
Silahlı Çatışmalar Hukukunun Uygulanması..... 447
Zeynep ERHAN BULUT

Makaleler

Articles

- 1** Haksız Fiil Hukuku Bağlamında Cezalandırıcı Tazminat:
Tarihsel Gelişimi, Türk Hukukundaki Yeri ve Türk Hukukunda
Kullanılmasına İlişkin Bir Öneri..... 497
Gülce Ecem UÇAR
Ömer DEMİRTAŞOĞLU
- 2** İnternetin Gücü: İfade Özgürlüğünün Yeni Yüzü..... 529
Nasuh Buğra KARADAĞ



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues* 545
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)



ANKARA BAROSU
ANKARA BAROSU
ANKARA BAROSU

ANKARA BAROSU

Başkanın Köşesi

Kıymetli Meslektaşlarım, Değerli Okuyucular,

Ankara Barosu Dergisi'nin 2024/3'üncü sayısında sizlerle buluşmanın mutluluğuyla en içten duygularıyla sevgi ve saygılarımı sunuyorum. Bu satırları kaleme alırken Türkiye Barolar Birliği 2024-2025 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 03 Ekim 2024 tarihli ve 32681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğini öğrendim. Her kalemde aynı oranda olmasa da bazı kalemlerde ciddi artış yaşanmasından duyduğum memnuniyeti Kıymetli Meslektaşlarımla paylaşıyor, yeni Tarife'nin hayırlı olması temennilerimle herkese iyi çalışmalar diliyorum.

İki senedir hemen her haksızlıkta Yönetim Kurulumuz ile birlikte verdiğimiz mücadelede desteklerini esirgemeyen siz Değerli Meslektaşlarıma kocaman bir teşekkür ediyorum. Hukuk Devleti tam anlamıyla sağlanana dek verilen mücadelenin korkmadan, yılmadan, yorulmadan süreceğine dair Ankara Barosunun duruşunda hiçbir değişiklik olmayacağına dair inancımızı bir kez daha vurgulamak istiyorum.

Bilindiği üzere; Yönetim Kurulumuz, Ankara Barosunun 68'inci Olağan Genel Kurulunun 05-06 Ekim 2024 tarihlerinde; çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci toplantının 12-13 Ekim 2024 günlerinde ATATÜRK Kapalı Spor ve Sergi Sarayı'nda yapılması kararını almıştır. Genel Kurul çalışmalarının, kuruluşunun 100'üncü yıl dönümünü kutlayan Ankara Barosuna yakışır bir ortamda gerçekleşmesini temenni ediyor, seçimlere katılacak bütün gruplara başarılar diliyorum. Seçim sonuçlarına göre görev bayrağını devralacak yeni Başkan ve Yönetim Kurulu üyelerinin, haksızlığa hukuk adına direnen, evrensel hukuk ilkeleri ile savunmanın kutsallığına olan inancından asla ödün vermeyen, baroların bölünmesine, sesinin kısılmasına karşı çıkan, Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal niteliklerini özümsemiş ve kurucu liderimiz Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK'ün emanetine sahip çıkan Ankara Barosunun gücüne güç katacağına yürekten inanıyorum.

Elinizde tuttuğunuz bu sayımız hukukun her alanından bilimsel makalelerden oluşuyor. Şöyle ki meslektaşlarımızın bilimsel yeterliliklerine katkıda bulunacak hakemli makalelerde;

- Gümrük Hukuku'na ilişkin bir uyuşmazlık hakkında verilen Danıştay Kararı'ndan hareketle, Hukuk Devletinin unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesinin Gümrük Hukuku'na hâkim kılınması incelenmekte,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan ancak gelir kaydedilmesine ilişkin açık hüküm bulunmayan geçici teminatın verilmesine ilişkin belirtilen asgari orana ve gelir kaydedilme hallerine ilişkin 4734 sayılı Kanun'da revizyon yapılması önerilmekte,
- Birleşmiş Milletler tarafından ortaya konulan on yedi Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi (SDG)'nin gerçekleştirilmesinin önünde en önemli engel olan bağlamında insan faaliyetlerinin tetiklediği, "istilacı yabancı türler" sorununun çözümü için küresel anlamda topyekûn mücadeleye devam edilmesi gerekli ve önemli olduğu vurgulanmakta,
- Yargıtay kararları incelediğinde ise özellikle, bilinçli taksir ve olası kast ayırımının yapılabilmesi açısından somut olaya dair hangi bulgulardan hareket edildiğinin her durumda açık olmadığı, hukuki güvenlik ve gerekçe hakkı açısından somut olayda bu hususların ortaya konulmasında yarar bulunduğu belirtilmekte,
- Kira sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde her iki tarafın menfaatinin gözetilmesi bağlamında konkordato kurumunun, kira sözleşmelerine etkisi ve kiralyan ile kiracı arasındaki menfaat dengesi incelenmekte,
- Kooperatifin amacına ulaşabilmesi için ortaklara yönelik yükümlülüklerinden mali nitelikte olan hem ortaklık payı edinme yükümlülüğü hem geri ödeme talep hakkı incelenmekte,
- Cinsel suç faillerine cerrahi kastrasyonun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerektiğinden hareketle Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu ele alınmakta,
- Nasyonal Sosyalist Devlet'in hukuku; hukukun kötüye kullanıldığı, kanun koyucunun yolunu şaşırdığı, kanunun şiddetinin tebarüz ettiği bir hukukun ifadesi olduğundan hareketle hukukî ve ahlâkî yüksek değerlere atf yapılması gerektiğinde ve zorba bir yönetime karşı dik durulması gereken zamanlarda özellikle hatırlanması gerekenler ele alınmakta,

- Danıştayın istikrarlı bir biçimde uyguladığı faizin başlangıç tarihinin zarar gören ilgilinin idareye başvurusu itibarıyla işlemeye başlayacağı yönündeki içtihadının, Hukuk Devleti ilkesine, mülkiyet hakkına aykırı olduğundan hareketle bu konuda yasal düzenleme ihtiyaç durumu incelenmekte,
- Jön Türklerin önde gelen liderlerinden Prens Sabahattin'in ortaya koyduğu adem-i merkezîyetçilik kavramına yüklediği anlam ve buna karşı yöneltilen eleştirilerin bugün geldiğimiz noktada nasıl bir karşılık bulduğu irdelenmekte,
- Birbirine ilk bakışta iki benzemez olarak görülebilecek müzik ve hukuk disiplinleri arasında oldukça ilginç benzerlikler bulunduğundan hareketle öncelikle hukuk-estetik ilişkisinden başlanmakta ve devamında hukuk-müzik ilişkisine genel bir bakış sunulmakta,
- Uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kapsamında uygulanabilecek silahlı çatışma hukuku incelenmektedir.

Her sayımızda yer verdiğimiz akademisyenlerin ve meslektaşlarımızın özverili çalışmalarının eseri olan hakemsiz makalarda ise;

- Cezalandırıcı tazminat kurumunun ortaya çıkışı, söz konusu kuruma yüklenmiş işlevler ve bu kuruma yönelik bazı itirazlar ele alınmakta ve cezalandırıcı tazminatın Hukukumuzda nasıl kullanılabileceğine ilişkin bir öneri ileri sürülmekte,
- Günümüz dünyasında, birçok ülkenin, interneti denetim altına alarak içeriklere erişimi sınırladığı ve bu durumun ifade özgürlüğünün önünde ciddi bir engel olarak ortaya çıktığından hareketle internetin geleceğinin aslında bizim geleceğimiz olduğu vurgulanmaktadır.

Dergimize bilimsel katkılarda bulunan yazarlarımıza ve yayıma hazırlanmasında emeği geçenlere teşekkür ediyorum.

Satırlarına son verirken belki daha sonra kendisi hakkında uzun uzun yazacağım benim meslek ustam ve Baromuzun 2002–2004 döneminde Baro Başkanlığı da yapmış olan Avukat Semih GÜNER'i kaybetmiş olmamızın tarifsiz kederinden kısaca bahsetmek isterim.

“İnsan öleceğini bilerek yaşar.

Ama fikirler ve hayaller bir ömre bağlı değildir.

Sizden sonra da var olmaya ve yaşamaya devam ederler.

Gelecek gideceğimiz bir yer değil, bizim birlikte yaratacağımız bir zamanın adı.

İnsanoğlu bu yüzden anlatmalı, paylaşmalıdır.”

Semih Bey avukatlık mesleği, savunma ve hukuk adına bildiği her şeyi ayırt etmeksizin tüm meslektaşları ile paylaşan gerçek bir ustaydı. Bir dönemin son temsilcisini O'na yakışır şekilde o çok sevdiği Ankara Barosu Eğitim Merkezi (ABEM) Binası önünde düzenlediğimiz törenle son yolculuğuna uğurladık. Ama kalbimizde ve hayatımızda bıraktığı izleri daim kılarak bize öğrettiği şekilde mesleğe ve Baroya hizmet etmeye devam edeceğiz.

Saygılarımla.

Av. Mustafa KÖROĞLU

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Gümrük Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Önemi: Danıştay Kararı Işığında Bir İnceleme

Muradiye ÇEVİKÇELİK*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, muradiyevikcelik@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-6502-4076.

Makale geliş tarihi: 24 Temmuz 2023 **Makale kabul tarihi:** 3 Haziran 2024

Atıf önerisi: Çevikçelik, Muradiye, “Gümrük Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Önemi: Danıştay Kararı Işığında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.1-35. **DOI:** 10.30915/abd.1332222.

GÜMRÜK HUKUKUNDA HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN ÖNEMİ: DANIŞTAY KARARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

ÖZ

Hukuk devleti, kendi koyduğu ve önceden ilan ettiği açık ve genel hukuk kurallarıyla kendini bağlı gören devlettir. Hukuk devleti ilkesi, kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçladığı için kamu gücüyle donatılan idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka kurallarıyla bağlı olmasını, hukuki güvenlik ve istikrarı, idarenin eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zararlardan mali olarak sorumlu tutulmasını, idarenin ve devletin organlarının eylem ve işlemleri karşısında bireylerin başvurabileceği etkili koruma mekanizmalarını ve bağımsız bir yargı sistemini gerektirir. Bu makalede, gümrük hukukuna ilişkin bir uyumsuzluk hakkında verilen Danıştay kararından hareketle, hukuk devletinin unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesinin önemi üzerinde durulmuştur. Makale kapsamında öncelikle uyumsuzluğa konu olan olay ve mahkemelerin yaklaşımları incelenmiştir. Devamında hukuki güvenlik ilkesi ışığında, söz konusu uyumsuzluk ve mahkeme kararları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak dış ticaret işlemlerinin tamamlanmasının uzun zaman alması ve gümrük vergilerinin ithalat ve ihracat işlemlerinde önemli bir maliyet kalemi olması nedeniyle hukuki güvenlik ilkesinin gümrük hukukuna hâkim kılınması, gümrük mevzuatındaki değişikliklerin idari istikrar ve öngörülebilirlik ilkeleri gözetilerek yapılması ve bu değişikliklerde kademeli bir geçişi sağlamak üzere geçiş hükümlerine yer verilmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Gümrük Vergisi, Haklı Beklenti, Hukuki Güvenlik İlkesi, Öngörülebilirlik

THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY IN CUSTOMS LAW: A REVIEW IN THE LIGHT OF A DECISION OF THE COUNCIL OF STATE

ABSTRACT

The state governed by the rule of law is a state bound by legal rules established and declared beforehand by itself. These rules should be clear, general, and respectful of fundamental rights and freedoms. The rule of law requires that an administration must be bound by legal rules in its acts and actions and should be held financially responsible for the losses that occurred as a result of its acts and actions. Legal security, stability, and an independent judicial system are essential for the rule of law. Moreover, effective protection mechanisms that individuals can use against actions and transactions of state organs and the administration are also necessary. In this article, the importance of the principle of legal security, one of the elements of the rule of law, is emphasized based on a decision of the Council of State on a dispute regarding customs law. Within the scope of the article, first of all, the event that is the subject of the dispute and approaches taken by courts were examined. Subsequently, in light of the principle of legal security, the dispute and court decisions were evaluated. Finally, it is concluded that the principle of legal security should be made dominant over customs law, since foreign trade transactions may take a considerable amount of time and customs duties represent a significant cost item in import and export processes. It is also advised that any changes in customs legislation should be made by considering the principles of administrative stability and predictability. Furthermore, transitional provisions should be set in these changes to ensure a gradual transition.

Keywords: The Rule of Law, Customs Duty, Legitimate Expectation, The Principle of Legal Security, Predictability.

GİRİŞ

Hukuk devleti, en genel ifadeyle, kendi koyduğu hukuk kurallarıyla kendini bağlı gören ve bu kurallara uygun hareket eden devlettir^[1]. Hukuk devleti; yöneticileri ve vatandaşları bağlayan ve önceden deklare edilen hukuk kurallarının bulunduğu, bu kuralların etkin bir şekilde uygulandığı, hukuk kurallarının uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız yargı organlarıncaya karara bağlandığı, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerine karşı kişilere sürekli ve düzenli olarak kullanabilecekleri etkili hukuki koruma mekanizmaları sağlayan, devlet organlarının ve idari makamların yetkilerini sindirip içselleştirerek otokontrole tabi tutabildikleri devlettir^[2]. Yönetilenleri idareye karşı korumak amacıyla alınan hukuki önlemler hukuk devleti ile kavramsallaştırılmış ve çeşitli güvencelerle desteklenerek modern devletin vazgeçilmez ilkelerinden biri olan^[3] hukuk devleti ilkesine dönüştürülmüştür^[4]. Bu güvenceler, hukuk devleti ilkesinin unsurları olarak ifade edilen birtakım özel ilkelerdir. Hukuk devleti ilkesinin tam olarak hayata geçirilebilmesi için bu ilkenin unsurlarının iyi bir şekilde anlaşılması ve devleti oluşturan bütün organların işleyişine hukuk devleti ilkesinin hâkim kılınması gerekir.

Doktrinde hukuk devleti ilkesinin gereklerinin neler olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte; yasama, yürütme ve yargı organlarının hukukla bağlı olması gereğinin hukuk devleti ilkesinin temel şartı olduğu kabul görmektedir^[5]. Hukuk devletinin özel gerekleri ise idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması, idarenin mali

[1] Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2017, s. 39.

[2] Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021, s. 84-88; Zühtü Arslan, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, in Hayrettin Ökçesiz (Haz.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 6. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu, 2003, s. 54.

[3] Hukuk devleti olmak, günümüz uygar ve demokratik devletlerin en temel iddia ve özelliklerinden biridir. Ahmet M. Güneş, *Hukuk Metodolojisi*, Bursa, Ekin, 4. Baskı, 2021, s. 34.

[4] Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, in Ece Göztepe (Haz.), Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, s. 26.

[5] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, s. 137.

sorumluluğu, hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, kanuni hakim güven-
cesi, hukuki güvenlik ilkesi, hukuki belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi,
geçmişe etki yasağı, açıklık ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına
alınmış olması, masumiyet karinesi, kanuni idare ilkesi, idarenin yargısal
denetimi başta olmak üzere pek çok temel ilkedен oluşmaktadır^[6]. Dolayısıyla
Çağlar hukuk devletini, “devlet ve insan faaliyetlerine yön veren, yönetilen-
lere hukuk güvenliği sağlayan ilkeler bütünüdür”^[7] şeklinde tanımlamıştır.
Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti ilkesini, “eylem ve işlemleri hukuka
uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren,
her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki
güvenliği sağlayan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk
kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir”^[8]
şeklinde tanımlamaktadır. Hukuk devleti ilkesinin esasını teşkil eden bu
ilkeler, birbirinden bağımsız olmayıp adeta bir saatin dişlilerden oluşan
mekanizması gibidirler. Dolayısıyla bu ilkelerden birinin bile gereği gibi
yerine getirilmemesi, diğer ilkelerin işleyişini de aksatacak ve nihayetinde
hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında hukuki güvenlik ilkesi önemli
bir yer tutmaktadır^[9]. Hatta doktrinde bazı yazarlar hukuki güvenlik ilkesini

[6] Günday, *op. cit.*, s. 39; Güneş, *op. cit.*, s. 34-35; Ramazan Çağlayan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *AÜEHFD*, Cilt 2, Sayı 1, 1998, s. 42-43; Alper Aydın, “Vergi Mahkemelerinde Kanuni Hâkim Güvencesinin Uygulanmasına Dair Bir İnceleme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, Aralık 2023, s. 452; Balta ve Kubalı’ya göre, hukuk devleti kavramının esas unsurları ana haklar güvenliği, kanunların genelliği, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, idarenin kanuniliği, idarenin yargısal denetimi ve hakimlerin bağımsızlığıdır. Tahsin Bekir Balta ve Hüseyin Nail Kubalı, “Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı”, *AÜSBFD*, Cilt 15, Sayı 3, 1960, s. 4.

[7] Çağlar, *op. cit.*, s. 49.

[8] Anayasa Mahkemesi, 25.01.2023 Tarih ve E. 2020/30, K. 2023/12 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 27.06.2023, Sayı 32234, §13.

[9] Çağlar’a göre; hukuki güvenlik, bir ilke veya hukuk devletinin zorunlu bir unsuru olmayıp hukuk devletinden beklenen bir işlevdir. Diğer bir ifadeyle hukuki güvenlik, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru değil, sonucudur. Çağlar, *op. cit.*, s. 136; Hukuk devleti ile hukuki güvenlik ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Köküsarı,

esas olarak hukuk devleti ilkesini tanımlamaktadırlar^[10]. Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından birinin hukuki güvenlik ilkesi olduğunu vurgulamıştır^[11]. Bu makalede, gümrük hukukunda hukuki güvenlik ilkesinin önemi bir Danıştay kararı ışığında incelenmiştir. Makale kapsamında öncelikle Danıştay 7. Dairesinin 21.10.2019 tarihli ve 2015/4743 esas 2019/5593 karar sayılı kararı^[12] incelenmiştir. Danıştay kararına konu olan olayın özellikleri, gümrük hukuku açısından hukuki güvenlik ilkesinin önemini ortaya koymaktadır. Kararın tahlilinde öncelikle uyuşmazlık konusu olay ve mahkemelerin hukuki probleme yaklaşımları aktarılmış, devamında uyuşmazlık konusu olaydaki gümrük hukukuna özgü kavramlar ve problemin çözümünde uygulanması gereken ilkeler ele alınmıştır. Son olarak uyuşmazlığa ve karara ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. KARARA KONU OLAY

Davacı şirket, uyuşmazlığın kaynaklandığı karar yürürlüğe girmeden önce maliyet hesaplamaları yapmış ve Meksika'daki bir firmadan eşya satın almıştır. Bu tarih itibarıyla Meksika, genelleştirilmiş tercihler sisteminden yararlanacak ülkeler listesinde gelişme yolundaki ülkeler arasında yer almaktadır. Bu listede yer alan ülkeler için gümrük vergisi oranı ise %3 olarak uygulanmaktadır. Satın alınan eşyalar, Türkiye'ye getirilmesi için gemilere yüklenmiş ve gemiler yola çıkmıştır. Eşya yüklü gemiler henüz Türkiye'ye varmadan 31.12.2013 tarih ve 28868 sayılı (2. Mükerrer) Resmî Gazete'de yayımlanan 2013/5725 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulması kararlaştırılan İthalat Rejimi Kararına Ek Karar uyarınca, gelişme yolundaki ülkelere ilişkin listeden Meksika çıkarılmış ve bu kararın 01.01.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Satın alınan eşyalar

Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2015, s. 21-27.

- [10] "...Hukuk devleti kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlet demek olduğuna göre, bunun gerçekleştirilmesi nasıl olacaktır?..." Çağlayan, *op. cit.*, s. 42; Güneş, *op. cit.*, s. 35.
- [11] Anayasa Mahkemesi, 04.05.2017 Tarih ve E. 2015/41, K. 2017/98 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 03.08.2017, Sayı 30143, §154.
- [12] Danıştay Yedinci Dairesi, 21.10.2019 Tarih E. 2015/4743, K. 2019/5593 Sayılı Kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı 7, 2021, s. 454-460.

için davacı şirket adına 06.01.2014 ve 03.02.2014 tarihli serbest dolaşıma giriş beyannameleri verilmiştir. Meksika'nın gelişme yolundaki ülkeler listesinden çıkarılması nedeniyle %3'lük oran yerine, %6,5 oranı uygulanarak gümrük vergisi hesaplanmış ve hesaplanan gümrük vergisi davacı şirket tarafından ihtirazi kayıt ile ödenmiştir. Daha sonra davacı şirket, ödediği gümrük vergisinin fazlaya ilişkin kısmının iadesi talebiyle gümrük idaresine başvurmuş ve başvuruyu zımnen reddedilmiştir. Bunun üzerine zımnî ret işleminin iptal edilerek fazla ödenen gümrük vergisinin yasal faiziyle iadesi talebiyle İstanbul 9. Vergi Mahkemesinde dava açılmıştır.

II. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

A) İSTANBUL 9. VERGİ MAHKEMESİNİN KARARI

Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin açılan davada İstanbul 9. Vergi Mahkemesi; gelişme yolundaki ülkelere ilişkin değişikliğin 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi nedeniyle, dava konusu beyannamelerin tescil edildikleri tarihte yürürlükte olan mevzuata dayanılarak gerçekleştirilen vergilendirme işleminin hukuka uygun olduğu kanaatine vararak davayı reddetmiştir^[13].

B) DANIŞTAY 7. DAİRESİNİN KARARI

İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin uyuşmazlığa ilişkin kararı temyiz edilmiş ve dosya Danıştay 7. Dairesinin önüne gelmiştir^[14]. Danıştay 7. Daireye göre; idare, düzenleyici işlem yapma yetkisini kullanırken Anayasa'da düzenlenen hukuk devleti ilkesine uygun olarak idari faaliyetlerin belirliliği, haklı beklentiler, kazanılmış haklar, hukuki güvenlik ilkesi gibi temel prensiplere saygı göstermelidir. Ayrıca mülkiyet hakkına müdahale eden vergilendirme işlemlerinin öngörülebilirlik ilkesi gereğince önceden bilinen ve öngörülen bir maliyet unsuru olmasının gözetilmesi, bu nedenle uygulanacak vergi oranlarının yürürlük tarihinin hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelemeyecek bir tarihten itibaren başlatılması gereklidir. Somut olayda ise davacı şirket ithalat işlemlerini söz konusu düzenleme yürürlüğe

[13] İstanbul Dokuzuncu Vergi Mahkemesi, 23.02.2015 Tarih E. 2014/1281, K. 2015/293 Sayılı Kararı.

[14] Danıştay Yedinci Dairesi, 21.10.2019 Tarih E. 2015/4743, K. 2019/5593 Sayılı Kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı 7, 2021, s. 454-460.

girmeden önce başlattığı için hukuki güvenlik ilkesinin temeli olan öngörülebilirlik ilkesi zedelenmiştir. Sonuç olarak Danıştay 7. Dairesi tarafından temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin mezkûr kararının bozulmasına ve dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından yapılacak değerlendirmede ve yeniden verilecek kararda, davacının faiz istemine dair bir değerlendirme yapılması gerektiğine de dikkat çekilmiştir.

III. DEĞERLENDİRMELER

Uyuşmazlık konusu olay ve mahkemelerin konuya yaklaşımı, idare hukukuna dair çeşitli temel tartışmaları ihtiva etmeleri nedeniyle oldukça önemlidir. Bu başlık altında öncelikle somut olayda geçen gümrük hukukuna ilişkin kavramlar açıklanacaktır. Devamında karara konu uyuşmazlığın çözümünde gözetilmesi gereken idare hukuku ilkeleri ele alınacaktır. Son olarak idare hukuku ilkeleri ışığında mahkemelerin konuya yaklaşımı ve uyuşmazlığın ne şekilde çözümlenmesi gerektiği değerlendirilecektir.

A) UYUŞMAZLIK KONUSU OLAYDA GEÇEN GÜMRÜK HUKUKUNA ÖZGÜ KAVRAMLAR

Mahkeme kararına konu olan hukuki problemin çözülebilmemesinin ilk adımını, olayda geçen gümrük hukukuna özgü kavramların açıklanması ve uyuşmazlığın çerçevesinin çizilmesi oluşturmaktadır. Bu başlık altında; ithalat işlemleri, serbest dolaşıma giriş beyannamesi, genelleştirilmiş tercihler sistemi ve gelişme yolundaki ülkeler kavramları sırasıyla incelenecektir.

Dış ticaret, bir ülkenin ekonomik aktörlerinin diğer ülkelerle yaptıkları mal ve hizmet alım ve satımının toplamına verilen isimdir^[15]. Dış ticaret, ithalat ve ihracat olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bir ülke, bir mal veya hizmeti başka ülkeye sattığında bu işlem satan ülke açısından ihracat (dışa satım), alan ülke açısından ise ithalat (dış alım) olarak kabul edilmektedir^[16]. Günümüzde dünyanın pek çok yerinde ve ülkemizde yalnızca ithalat vergilendirilmekte, ihracat ve transit geçişten ise vergi

[15] Mahmut Vefa Toroslu, *Dış Ticaret İşlemleri ve Muhasebesi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2013, s. 23.

[16] Mehmet Vurucu ve Mustafa Ufuk Arı, *Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Dış Ticaret İşlemleri*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017, s. 23.

alınmamaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda, ülkemizde faaliyet gösteren bir şirket Meksika'daki bir firmadan eşya satın almıştır. Dolayısıyla bu işlem ithalat niteliğinde bir dış ticaret işlemidir.

Dış ticaret işlemlerinin konusunu oluşturan bir mal veya eşyanın Türkiye gümrük bölgesine girerken veya Türkiye gümrük bölgesinden çıkarken uygulanan gümrük işlemlerine ilişkin usul ve esasların bütünü gümrük rejimi olarak adlandırılmaktadır^[17]. Gümrük Kanunu'na göre gümrük hukukumuzda serbest dolaşıma giriş rejimi, transit rejimi, gümrük antrepo rejimi, dahilde işleme rejimi, gümrük kontrolü altında işleme rejimi, geçici ithalat rejimi, hariçte işleme rejimi ve ihracat rejimi olmak üzere sekiz tane gümrük rejimi türü bulunmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda bir ithalat işlemi söz konusu olduğu için satın alınan eşyaların tabi olacağı gümrük rejimi serbest dolaşıma giriş rejimidir. İthalat olarak da adlandırılan serbest dolaşıma giriş rejimi, yurt dışından gelen eşyanın gümrük işlemlerinin tamamlanarak Türkiye gümrük bölgesinde serbestçe kullanılmasına, satılmasına, tüketilmesine veya yeniden ihraç edilmesine olanak veren bir gümrük rejimidir^[18]. Türkiye gümrük bölgesine gelen bir eşya; Gümrük Kanunu'nun 74. maddesinde öngörüldüğü üzere, "ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, eşyanın ithali için öngörülen diğer işlemlerin tamamlanması ve kanunen ödenmesi gereken vergilerin tahsili" ile serbest dolaşıma girebilir. Ülkemizde ithalat işlemlerinin yürütülmesinde temel düzenlemeler; İthalat Rejimi^[19] Kararı^[20]

[17] Muradiye Çevikçelik, *Gümrük Hukukunda İdari Faaliyet ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2023, s. 148; Tayfun Ercan, *Gümrük Hukuku*, Bursa, Ekin, 1. Baskı, 2019, s. 51; Selahattin Tuncer, *Gümrükler ve Gümrük Vergileri (Teori-Uygulama)*, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2001, s. 351; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2005, s. 245; Ali Dölek, *Gümrük İşlemleri*, İstanbul, Umut Kitap, 3. Baskı, 2017, s. 27, 213-215.

[18] Çevikçelik, *op. cit.*, s. 150; Abdulkadir Tekin ve Ümit Engin Tekin, *4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na Göre Gümrük İşlemleri Mevzuat-Teori-Uygulama-Vergilendirme*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2018, s. 130.

[19] Gümrük Kanunu ve Gümrük Yönetmeliği'nde ithalat rejimi olarak adlandırılan bir gümrük rejimi türü bulunmasa da söz konusu kararlarda ithalat rejimi ifadesi kullanılmaktadır.

[20] Günümüzde 31.12.2020 tarihli ve 3350 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (*Resmî Gazete*, 31.12.2020, Sayı 31351, 3. Mükerrer) ile yürürlüğe konulan İthalat Rejimi Kararı yürürlüktedir. Uyuşmazlık konusu olayın gerçekleştiği dönemde ise 20.12.1995

ve bu karara dayanılarak çıkarılan tebliğler, ilgili kuruluşlara verilecek talimatlar, ikili ve çok taraflı anlaşmalardır.

Genelleştirilmiş tercihler sistemi, 1968 yılında II. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı'nda (UNCTAD II) kabul edilen ve gelişmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere yapacakları ithalatta belirli bir taviz marjı tanıyarak geliştirmekte olan ülkelerin ihracat hacimlerini artırmayı ve gelişmiş ülkelerle rekabet etmelerini sağlamayı amaçlayan bir sistemdir^[21]. Genelleştirilmiş tercihler sistemi, “gümrük vergisi tavizlerinin tek taraflı olması, tavizlerin verilmişlerinin bağlayıcı olmaması, tercihlerin kısmen veya tümüyle kaldırılabilmesi ve tek taraflı veya uluslararası müzakereler sonucunda yapılacak en çok kayırlan ülke esasına dayalı tarife indirimlerini engelleyici olmaması” esaslarına dayanmaktadır^[22]. Genelleştirilmiş tercihler sisteminden yararlanacak ülkeler; gelişme yolundaki ülkeler, özel teşvik düzenlemelerinden yararlanacak ülkeler ve en az gelişmiş ülkeler olmak üzere üç listeye ayrılarak tespit edilmektedir.

Gelişme yolundaki ülkeler, genelleştirilmiş tercihler sisteminin uygulanacağı ülke listelerinden birini teşkil etmektedir. 25.04.1972 tarihli ve 7/4349 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Gelişme Yolundaki Ülkelerarası Ticaret Müzakerelerine Dair Protokol ve Ekleri onaylanmıştır^[23]. Bu protokol ile karşılıklı iş birliğiyle devletlerin birbirlerinin ekonomilerinin gelişmesine katkıda bulunmak, hayat standartlarında istikrarlı bir yükselme tesis etmek, ihtisaslaşmadan faydalanmak, karşılıklı ticaretlerinin büyümesini ve kendi mallarının birbirlerinin pazarlarına daha müsait şartlarla intikalini sağlamak, ticaretin dışa dönük ve rasyonel olarak büyümesini teşvik etmek vb. amaçlanmaktadır. Bu protokolle Brezilya, Şili, Mısır Arap Cumhuriyeti, Yunanistan, Hindistan, İsrail, Meksika, Pakistan, Peru, Filipin, İspanya,

tarihli ve 95/7606 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (*Resmî Gazete*, 31.12.1995, Sayı 22510, Mükerrer) ile yürürlüğe konulan İthalat Rejimi Kararı uygulanmaktaydı.

[21] United Nations, *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development*, Cilt 1, New York, United Nations Publication, 1968, s. 266; Mark R. Sandstorm, “Import Relief, Unfair Trade Practices and the Generalized System of Preferences”, *Lawyer of the Americas*, Cilt 11, Sayı 2/3, Yaz-Sonbahar 1979, s. 368.

[22] Genelleştirilmiş Tercihler Sistemine İlişkin Tebliğ (İthalat: 2023/6), *Resmî Gazete*, 31.12.2022, Sayı 32060.

[23] *Resmî Gazete*, 13.06.1972, Sayı 14214.

Tunus, Türkiye, Uruguay ve Yugoslavya tarafından Protokol ekinde yer alan eşyaların gümrük vergilerinden indirim yapılacağı taahhüt edilmiştir. Bu kapsamda müzakere yapılan ülkelerden biri de Meksika'dır^[24]. Sürdürülen müzakereler neticesinde, 06.09.1974 tarihli ve 7/8954 sayılı Kararname ile Gelişme Yolundaki Ülkelerarası Ticaret Müzakerelerine Dair Protokol ve Eklerinin 29.08.1974 tarihinden itibaren ülkemiz ve Meksika arasında yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir^[25]. Ancak 2013 yılına gelindiğinde, 2013/5725 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İthalat Rejimi Kararına Ek Karar uyarınca, gelişme yolundaki ülkelere ilişkin listeden Meksika çıkarılmış ve bu kararın 01.01.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir^[26].

B) UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER

Eylem ve işlemlerinde kendi koyduğu hukuk kurallarıyla kendini bağlı gören devleti ifade eden hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi için çeşitli alt ilkelerin uygulamaya hâkim kılınması zorunludur. Bu çalışmaya konu olan uyuşmazlığın çözümü, genelde hukuk devleti ilkesi özelde ise hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik, geriye yürümezlik ve haklı beklentilerin korunması ilkeleri çerçevesinde problemin tahlil edilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığın hukuki çerçevesinin çizilebilmesi için bu başlık altında öncelikle hukuki güvenlik ilkesi, devamında ise geriye yürümezlik ilkesi ele alınacaktır. Geriye yürümezlik ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinden tamamen bağımsız bir ilke olmasa da uyuşmazlığın çözümüyle yakından ilgili olduğu için ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

[24] Türkiye ile Meksika ilişkilerinin tarihsel süreci ve Gelişme Yolundaki Ülkelerarası Ticaret Müzakerelerine Dair Protokol ve Eklerinin ülkemiz ve Meksika arasında yürürlüğe konulmasından itibaren imzalanan iş birliği anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Temel, "Cumhuriyet Arşivi Belgelerine Göre Türkiye-Meksika İlişkileri", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 39, Bahar 2017, s. 63-76.

[25] *Resmî Gazete*, 01.11.1974, Sayı 15049.

[26] *Resmî Gazete*, 31.12.2013, Sayı 28868, 2. Mükerrer.

1- Hukuki Güvenlik İlkesi

Eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan devleti ifade eden hukuk devleti ilkesi, pek çok özel ilkenin aynı anda gerçekleşmesini gerektirmektedir. Bu ilkelere biri de hukuki güvenlik ilkesidir. Hatta hukuk devletinin unsurları arasında zikredilen çoğu ilke esasen hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir^[27]. En genel ifadeyle hukuki güvenlik ilkesi; devletin faaliyetlerinin öngörülebilir ve tahmin edilebilir olmasını, hukuki istikrarın sağlanmasını, idarenin kamu gücü kullanarak tek yanlı işlem yapabilmesi karşısında bireyler için çeşitli güvencelerin öngörülmesini, kişilerin kendi davranışları sonucunda uygulanacak hukuk kurallarını önceden bilme ve davranışlarını bu kurallara göre düzenleyebilme imkanına sahip olmasını ifade eden önemli bir ilkedir^[28]. Hukuki güvenlik ilkesi; açık ve belirli yasal kurallarını, bu kuralların hukuka uygun bir şekilde uygulanmasını, bu kurallara ve idari davranışlara karşı duyulan güvenin korunmasını gerektirmektedir^[29]. Aksi takdirde kendilerini hukuk güvenliği içerisinde hissetmeyen bireylerin devlete olan güvenleri zedelenecektir.

Hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçirilmesi, çeşitli temel ilkelere riayet edilmesi ile mümkündür. Bu ilkelere başlıcaları; hukuki belirlilik ilkesi,

[27] Arıkan'a göre, hukuk devleti kavramının tanımlanmasında hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin hukuki güvenliği sağlamak hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Abdullah Arıkan, *Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022, s. 33.

[28] Gözler, *op. cit.*, s. 142; Mehpare Çaptuğ, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2020, s. 54; Fatma Ebru Gündüz, "İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 32, Ekim 2017, s. 37; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, 2020, s. 109; Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan, 25. Baskı, 2016, s. 47; Mehmet Altundış, "Hukuki Güvenlik İlkesi", *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61; Mehpare Çaptuğ, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 141; Harun Yılmaz, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2019, s. 78-79.

[29] Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", in Ece Göztepe (Haz.), *Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, s. 190.

genellik ilkesi, açıklık ilkesi, şeffaflık ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, geçmiş etki yasağı, hukuki istikrar ilkesi, haklı beklentilerin ve kazanılmış hakların korunması ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesinin en temel şartı gerek yasaların gerekse idare tarafından kabul edilen düzenleyici nitelikte idari işlemlerin çelişkili uygulamalara mahal vermeyecek açıklıkta, kesin, tutarlı, genel ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınmış olmasıdır^[30]. Zira belirsiz, soyut ve kıyas yoluyla yorumlanmaya elverişli kavramlar, öngörülebilirliği ve hukuka duyulan güveni zedeleyebilir^[31]. Bununla birlikte kuralların her durumda açık ve anlaşılır olmasını sağlayacak bir ölçüt bulunmamaktadır. Arıkan da hangi kanun yapma tekniği benimsenirse benimsensin bir ölçüde belirsizlikle karşılaşmanın kaçınılmaz olduğunu, hiçbir boşluk içermeyen ve lafzi yorum yönteminden başka yorum yöntemine ihtiyaç göstermeyen kurallardan oluşan bir hukuk düzeninin ütopya olduğunu ifade etmiştir^[32]. Dolayısıyla önemli olan husus kuralların özenle hazırlanması ve oluşabilecek belirsizliklerin asgari ölçüde tutulmasıdır^[33]. Ancak hukuki belirlilik olarak ifade edilen bu ilke, hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Hukukun güvenilir olması için hukuki belirlilik ilkesinin öngörülebilirlik ilkesi ile bir arada bulunması gerekir^[34].

Öngörülebilirlik ilkesi; hukuk kurallarının açık ve belirli bir şekilde oluşturulmasını, devletin organları ile idarenin bu hukuk kurallarıyla bağlı olarak faaliyette bulunmasını ve kişilerin önceden hazırlanan hukuk kuralları

[30] Coşkun Can Aktan, “Anayasal İktisat ve Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2017, s. 103-105; Köküsarı, *op. cit.*, s. 72-80.

[31] Nami Çağan, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 1, 1980, s. 141; Murat Batı, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Kamu İcra*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023, s. 45-46.

[32] Arıkan, *op. cit.*, s. 56-57.

[33] Toplumsal ve siyasal hayatı düzenleyen bütün hukuk kurallarında saf bir belirlilik sağlanmasının mümkün ve gerçekçi olmadığı hakkında görüş için bkz. Çağlar, *op. cit.*, s. 32.

[34] Arıkan, *op. cit.*, s. 43; Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *AÜEHFD*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 92-93.

doğrultusunda davranışlarını düzenleyebilmelerini ifade eder^[35]. Öngörülebilirlik ilkesi, devletin faaliyetlerinin idare edilenler tarafından belli ölçüde öngörülebilir ve belirli olmasını gerektirir^[36]. Dolayısıyla tutarlı olmayan, muğlak ifadeler barındıran ve sık sık değişen hukuk kuralları öngörülebilirlik ilkesinin ihlal edilmesi riskini de beraberinde getirecektir^[37].

Öngörülebilirlik ilkesi açısından önem taşıyan idare hukuku kavramlarından bir diğeri idarenin takdir yetkisidir. Ancak idare, takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda bile tam bir serbestiye sahip değildir. İdare takdir yetkisini anayasal ilkelere, kanuna, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir şekilde gerekçeli olarak kullanmak zorundadır^[38]. Danıştay da takdir yetkisine dayalı idari işlemlerin “hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak” yapılmasının idare hukukunun en temel ilkesi olduğunu vurgulamıştır^[39]. Dolayısıyla idare, takdir yetkisine sahip olduğu hallerde dahi öngörülebilirlik ilkesini gözetmelidir^[40].

Öngörülebilirlik ilkesinin hayata geçirilerek hukuki güvenliğin sağlanabilmesinde geçmişe etki yasağı vazgeçilmez bir yer tutmaktadır. Bu makale kapsamında incelenen karara konu olan uyuşmazlığın çözümünde de idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi anahtar rolüne sahiptir. Bu nedenle geriye yürümezlik ilkesinin ayrı bir başlık altında incelenmesi faydalı olacaktır.

[35] Çağlar, *op. cit.*, s. 50; Köküarı, *op. cit.*, s. 138.

[36] Günday, *op. cit.*, s. 43.

[37] Bu nedenle öngörülebilirlik ilkesi, hukuki belirlilik ilkesi ile yakın bir ilişki içindedir. Çağlar, *op. cit.*, s. 53-54.

[38] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s. 119; İdareye takdir yetkisi tanınması, idare edilenlerin güvenlik ihtiyaçlarının gerektirdiği makul bir sınırı aşmamak kaydıyla hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. Balta ve Kubalı, *op. cit.*, s. 7.

[39] Danıştay Sekizinci Dairesi, 05.03.2013 Tarih ve E. 2012/1994, K. 2013/1664 Sayılı Kararı, Lexpera.

[40] Gözler, *op. cit.*, s. 142; Günday, *op. cit.*, s. 43.

2- Geriye Yürümezlik İlkesi

Hukuk kuralları ancak bugünü ve geleceği düzenler^[41]. Kural olarak bir hukuk kuralı, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yürürlükten kalkmasına kadar geçen zaman dilimi içerisinde meydana gelen olaylara uygulanır^[42]. Aynı prensip idarenin düzenleyici ve birel işlemleri açısından da geçerlidir^[43]. İdari işlemler de kural olarak^[44] yürürlüğe girdikleri andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğururlar^[45]. Dolayısıyla hukuk kurallarının zaman bakımından

- [41] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan, 3. Baskı, 2015, s. 593; Balkar'a göre, "İnsanların cemiyet içinde hangi yoldan yürümeleri gerektiğini gösteren kaideler ister teşri uzvunun, ister idare teşkilatının eseri olsun, prensip itibarıyla ileriye, geleceğe ait bulunmalıdır, çünkü yolun yürünmüş kısmı hangi şekilde arkada bırakılmış olursa olsun onun hesabı sonradan ortaya konan kaidelerle görünemez." Kemal Galip Balkar, "İdari Kararlarda Makale Şumul Meselesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, 1960, s. 210.
- [42] Gündüz, *op. cit.*, s. 56; Selman Özdemir, "İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", *Türk İdare Dergisi*, Sayı 473, Aralık 2011, s. 120.
- [43] İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile aynı mantıksal nedene oturması ve aynı kökenden gelmesine rağmen kendine özgü uygulama biçimine sahip olduğu hakkında görüş için bkz. Hasan İsmet Bıyıklı, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", *Danıştay Dergisi*, Cilt 3, Sayı 11, 1973, s. 91-92.
- [44] İdari işlemin geriye yürümezliği kuralının istisnaları; kamu yararı ve kamu düzeni gerekliliği nedeniyle geriye yürüten işlemler, geri alma işlemi, ilgisi hakkında olumlu neticeler doğurduğu için geriye yürüten bazı işlemler ve mahkeme tarafından verilen iptal kararlarına dayanarak yapılan işlemlerdir. Derya Deviner Erguvan, *İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası* (Danışman Muhsin Öğütçü), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora tezi, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 441474), s. 203-210.
- [45] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s. 421; Elif Yılmaz, "İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, Cilt 1, Sayı 4, 2015, s. 1026; Yaşar Ayyıldız ve Kadir Ayyıldırım, "Vergilendirmede Geçmişe Yürümezlik İlkesinin Türk Vergi Hukukundaki Yeri", *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2015, s. 59; İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin kuramsal temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bıyıklı, *op. cit.*, s. 86-92; İdari işlemlerin yürürlüğe girmesinde imza kuramı ve yayın ve

uygulanmasında genel kural derhal uygulamadır. Derhal uygulama, hukuk kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren bütün yasal ilişkilere uygulanmasını ifade eder. Bu kuraldan ayrılmak isteniyorsa geçiş hükümleri^[46] kabul edilmeli ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten makul bir süre sonra uygulanması sağlanmalıdır^[47].

Hukuk kurallarının yürürlüğe girdikleri tarihten önceki olay ve durumlara uygulanması veya geçmişe dönerek idarenin hukuka uygun irade açıklaması ile doğan statü etkisinin ortadan kaldırılması hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.^[48] Aksi halde geçmişte belirli bir zaman diliminde yürürlükte bulunan

bildirim kuralı olmak üzere iki temel görüş bulunmaktadır. İmza kuramına göre, idari işlemler yetkili makamın imzalamasıyla tamamlanır ve imza anından itibaren yürürlüğe girerler. Yayın ve bildirim kuramına göre ise idari işlemlerin yürürlüğe girmesi yayın veya bildirim yoluyla açıklanmalarıyla gerçekleşir. Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, Haziran 1979, s. 33-35.

[46] Kanun koyucunun yeni bir düzenleme yaptığı hâllerde, yeni sistem ile eski sistem arasında uyumu sağlamak, hukuki istikrarı ve hukuka duyulan güveni korumak adına, kanun metinlerine eklenen ve uygulanması belirli sürelerle sınırlı olan maddeler geçici madde olarak adlandırılmaktadır. Derya Karakoç, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Yargı Kararlarına Yansıyan Geçici Maddelerinin Kazanılmış Hak Açısından İncelenmesi”, *İÜHFİM*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1004.

[47] Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2003, s. 283-284; Yılmaz, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, *op. cit.*, s. 10-11; Kanunlarda olduğu gibi düzenleyici idari işlemlerde yapılacak değişikliklerde geçiş hükümlerine yer verilerek bireyler ve idare için bir uyum dönemi yaratılması öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleri açısından oldukça önemlidir. Karahanoğulları, *op. cit.*, s. 595; “...idarece söz konusu değişiklik yapılırken ilgililerin haklı beklentilerinin göz ardı edilmemesi gerektiğinden, işlem tarihi itibarıyla nihai başarı listesinde asil olarak yer alan ve ... ataması yapılacağı bildirilen personel arasında bulunduğu için görev öncesi eğitim programına katılan personelin mevcut kazanılmış haklarını ve beklentilerini koruyan geçici maddelere yer verilmesi gerekirken, bu yönde düzenlemelere yer verilmeyen dava konusu Yönetmeliğin geçiş maddelerinin düzenlendiği Geçici 1. maddesinde ve davacının, atamasının yapılmasına ilişkin yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı...” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2015 Tarih ve E. 2015/1134 Sayılı Yürütmenin Durdurulması Kararı, Lexpera.

[48] Karahanoğulları, *op. cit.*, s. 593; Burada tartışılan husus hukuk kurallarının değişmezliği değil, hukuk kurallarının geçmişe etkili bir şekilde değiştirilememesidir.

hukuk kurallarına dayanılarak gerçekleştirilen ve hukuka uygun kabul edilen uygulamaların bir başka zaman diliminde yanlış olarak nitelendirilmesi ve geçmişe yönelik değişiklikler yapılması, bireylerin davranışlarını hangi hukuk kurallarına dayanarak düzenleyeceği belirsizliğini gündeme getirecektir. Böylece bireylerin hukuk kurallarına ve devlete karşı duydukları güven zedelenecektir.^[49] Danıştay da önüne gelen bir dosyada verdiği kararında idari işlemin geriye yürümezliği ile hukuki güvenlik ilkesi arasındaki ilişkiyi şu cümlelerle açıklamıştır:

“İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin temelinde hukuki güvenlik ilkesi yatar. Henüz mevcut olmayan ve dolayısıyla ilgililerin bilmediği bir dönemde bir idari işlemi uygulamak hukuk güvenliğini sarsar. Hukuki güvenlikten bahsedilebilmesi için öncelikle hukuk kurallarının öngörülebilir olması gerekir. Geriye yürüyen bir normun öngörülebilir ve belirli olduğunu iddia etmek ise zaman kavramını hiçe saymak anlamına gelir. Bu anlamda hukuki güvenlik ilkesi tamamlanmış olay ve hukuki ilişkilere yeni normun uygulanmasını yasaklar. Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, dolaylı olarak geriye yürümezlik ilkesini de koruması altına alır. Bu nedenle geriye yürümezlik ilkesini ihlal eden kuralın hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.”^[50]

Karahanogulları, *op. cit.*, s. 596; Güneş, *op. cit.*, s. 144; Yılmaz, “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği”, *op. cit.*, s. 1029-1030; Hukuk kurallarının geçmişi etkilemesinin ahlak felsefesinin temel ilkelerine de aykırılık oluşturduğu hakkında bkz. Güneş, *op. cit.*, s. 143; Fuller’e göre, “genellik, ilan edilme (yayımlanma), geriye yürümezlik, açıklık (belirlilik), çelişmezlik, imkansız istememe, süreklilik (istikrar) ve resmi eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi (kurallarla, bu kuralların uygulamalarının örtüşmesi)” hukukun içsel ahlakının ilkelerini oluşturmaktadır. Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2011, s. 16; Altundiş, *op. cit.*, s. 67; Muhammet Durdu, “Anayasalarımızda Yer Alan İktisadi Hükümlerin Hukuki Çerçevesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Aralık 2019, s. 125.

[49] Bir kanun bir davranış gerçekleştirildikten sonra çıkarılmış ve geçmişe yürütülmüşse, bu kanunun insan davranışlarına nasıl yol göstermeyi amaçladığı sorusu sorulabilir. Andrei Marmor, “Hukuk Devleti ve Sınırları”, Çev. Sevda Gültekin Göktolga, in Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük (Eds.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 186.

[50] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 13.06.2017 Tarih ve E. 2013/1392, K. 2017/1929 Sayılı Kararı, Lexpera.

Hukuk kurallarının geçmişe yürümesi, gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme olarak iki başlık altında incelenmektedir. Yürürlüğe giren yeni düzenleme bütün sonuçlarıyla doğan bir hakkı olumsuz etkiliyorsa gerçek geriye yürüme, henüz son bulmamış olay veya hukuki ilişkileri geleceğe yönelik bir şekilde etkiliyorsa gerçek olmayan geriye yürümeden bahsedilir^[51]. Gerçek geriye yürüme hâlinde kazanılmış haklar^[52] yönünden,

[51] Oğurlu, *op. cit.*, s. 48-52; Ayyıldız ve Ayyıldırım, *op. cit.*, s. 60-61; Şebnem Ekeryılmaz ve Temel Gürdal, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararının Geriye Yürümezlik İlkesi Çerçevesinde Hukuksal Analizi”, *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 3, Kasım 2018, s. 186; Tekin Akıllıoğlu, “Ekonomik Anlamda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, *Prof. Dr. Aziz Köklü'nün Anısına Armağan*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1984, s. 40-42; “...Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir...” Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 22.09.2022 Tarih ve 2019/26345 Başvuru Numaralı Caroline Nicole Koç ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/26345>).

[52] Kazanılmış hak; bir kişinin mevcut statüsünden kaynaklanan, kendisi yönünden tamamlanmış, kesinleşmiş ve kişisel bir nitelik kazanmış hakkı ifade eder. Anayasa Mahkemesi, 01.11.2017 Tarih ve E. 2016/20, K. 2017/145 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 04.01.2018, Sayı 30291, §6; Danıştay On İkinci Dairesi, 22.03.2022 Tarih ve E. 2018/1416, K. 2022/1345 Sayılı Kararı, *Lexpera*; Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 22.05.2014 Tarih ve E. 2013/25161, K. 2014/12475, Sayılı Kararı, *Lexpera*; Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakların korunması ilkesinin hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucu olduğunu vurgulamakta ve bu ilkeyi hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 28.12.2017 Tarih ve E. 2016/150, K. 2017/179 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 15.02.2018, Sayı 30333, §311; Oğurlu'ya göre kazanılmış hak, “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken haktır”. Oğurlu, *op. cit.*, s. 28, 91-110; Doktrindeki diğer görüşler için bkz. Ulusoy, *op. cit.*, s. 441-442; Ayşegül Çoban Atık, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2013, s. 14-15; Selman Özdemir, “İmar Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Kavramın Kentleşmeye Etkileri”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 471-472, Haziran-Eylül 2011, s. 176-177; Ayşe Merve Akça, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 6, Sayı 83, Aralık 2018, s. 582-584; Yahya Şahin, “Yasa ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi”, *Danıştay*

gerçek olmayan geriye yürüme halinde ise haklı beklentiler yönünden hukuki öngörülebilirlik ilkesi temelinde hukuki denetim yapıldığı görülmektedir^[53].

Geniş anlamda geriye yürüme olarak da adlandırılan gerçek olmayan geriye yürüme; yeni kuralın yürürlük tarihinden önce, eski kural yürürlükteyken başlayan ancak henüz oluşumunu tamamlamayan hukuki işlem, durum, ilişki ve olaylara yürürlük tarihinden itibaren uygulanmasını ifade eder^[54]. Derhal uygulanma ilkesiyle yakından ilgili olan gerçek olmayan geriye yürüme^[55], henüz tamamlanmamış ve hâlâ devam eden süreçleri etkilemesi yönüyle gerçek geriye yürümeden ayrılmaktadır. Vergi hukukunda da vergiyi doğuran olay meydana gelmeden önce vergi yükünde bir artışa gidilmesi gerçek olmayan geriye yürüme olarak kabul edilmektedir^[56].

Elbette zamanın gelişen ve değişen koşulları karşısında hukuk kurallarında değişiklik yapılması gerekebilir. Ancak bu değişiklikler yapılırken bireylerin yürürlükteki hukuk kurallarının kendilerine uygulanacağına dair oluşan bazı beklentilerinin korunması ihtiyacı gündeme gelmektedir. Her ne kadar kazanılmış haklar ile aynı seviyede korunması mümkün olmasa da haklı beklentiler de hukuki güvenlik ilkesi kapsamında belirli ölçüde korunmalıdır^[57]. Bu değerlendirmede, hukuki durumunun süreceğine olan

Dergisi, Cilt 39, Sayı 120, 2009, s. V; Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 58-73.

[53] Arıkan, *op. cit.*, s. 118.

[54] Ali Volkan Özgüven, *Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi* (Danışman Mustafa Akkaya), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 191475), s. 26; Altundış, *op. cit.*, s. 65; Arıkan, *op. cit.*, s. 321.

[55] Ercan Sarıcaoğlu ve Abdullah Arıkan, "Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 2021, s. 1512; Altundış, *op. cit.*, s. 65.

[56] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *op. cit.*, s. 49; Sarıcaoğlu ve Arıkan, *op. cit.*, s. 1514-1515.

[57] Sarıcaoğlu ve Arıkan, *op. cit.*, s. 1520.

güven ile yeni düzenlemeyle öngörülen kamu yararı tartılarak bir sonuca varılmalıdır^[58].

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin gerçek geriye yürümeyi Anayasa'ya aykırı, gerçek olmayan geriye yürümeyi ise Anayasa'ya uygun kabul ettiği dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi, oldukça yakın tarihli bir kararında bu görüşünü tekrar ifade ederek, yeni kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasının kanunların geriye yürümesi olarak nitelendirilmeyeceğini yeniden vurgulamıştır^[59]. Böylece Anayasa Mahkemesi, vergi kanunlarının gerçek olmayan geriye yürüme hallerini haklı beklenti ilkesi kapsamında değerlendirmeme yönündeki tavrını sürdürmektedir. Ancak vergi kanunları hukuki güvenliğe yüksek seviyede ihtiyaç duymaktadırlar^[60]. Hukuki öngörülebilirlik ve istikrar, bir ülkenin ekonomik ve ticari hayatının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesinin ön şartları arasında yer almaktadır. Zira bulunduğu andaki hukuki durumunun sürdürüleceği veya en azından

[58] Oğurlu, *op. cit.*, s. 53.

[59] Anayasa Mahkemesi, 30.11.2023 Tarih ve E. 2023/105, K. 2023/208 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 16.01.2024, Sayı 32431, §29; Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 22.09.2022 Tarih ve 2019/26345 Başvuru Numaralı Caroline Nicole Koç ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/26345>); Anayasa Mahkemesi, 13.02.2019 Tarih ve E. 2018/103, K. 2019/4 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 14.03.2019, Sayı 30714, §16.

[60] Sarıcaoğlu ve Arıkan, *op. cit.*, s. 1530; Esra Keskin ve Mustafa Mıynat, "Genel Tebliğler Işığında Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 148, Ocak 2024, s. 119; "...Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem yada davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu yada meydana geldiği dönemdeki kanunun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak, yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Vergi Kanunları, kamu hukukuna ilişkin yükümlülükler getirdiğinden, bu kanunların, özellikle mali yükümü artırıcı nitelikteki hükümlerinin, geçmişe yürütülmemesi hukuki güvenlik ilkesi yönünden önem taşır, Anayasanın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan "vergilerin kanuniliği ilkesi" de, hukuki güvenliği sağlama amacına matuftur ve vergiyi doğuran olayın vukuu döneminde yürürlükte olmayan bir kanuna dayanılarak vergi yükünün artırılmasına imkan vermez..." Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 03.07.1989 Tarih ve E. 1988/5, K. 1989/3 Sayılı Kararı, *Lexpera*.

zarar görmeyeceğine inanan bir kişi, toplumsal gelişmenin temelini teşkil eden girişimcilik ruhunu ancak bu şekilde geliştirebilecektir^[61].

Gerçek olmayan geriye yürüme durumunda gündeme gelen ve hukuki güvenlik ilkesi açısından önem taşıyan haklı beklentinin korunması, kazanılmış haklara saygı ilkesinden farklı bir ilke olarak doktrinde ve mahkeme kararlarında yer almaktadır. İdare hukukunda haklı beklenti, “bireyin hukuka uygun olmak kaydıyla İdare’ye, kamu görevlilerin görevlerini yerine getirirlerken yine yetkileri içerisinde yaptıkları işlem ve eylemler, hukuki açıklamalar, buldukları taahhütlerin ya da süregelen idari uygulamaların hukuk güvenliği gerekçesiyle kendilerine de uygulanacağı beklentisidir.”^[62] Haklı beklentilerin korunmasının amacı ise yürütmenin açıkça veya daha önceki uygulamalarıyla^[63] belirli yönde davranmayı üstlendiği hâllerde, bu kurallara uyulmasını bekleyen idare edilenlerin idareye duydukları güvenin

[61] Ali Akyıldız, “Danıştay ve Hukuk Devleti”, in Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük (Eds.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 525.

[62] Oğurlu, *op. cit.*, s. 223-224; Haklı beklentiye ilişkin tanımlar için bkz. Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017, s. 30-42; Derya Deviner Erguvan, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, *DEÜHFD*, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 1722-1725.

[63] “...söz konusu personellerin aynı görev tanımı içerisinde uzun süre denetim elemanı olarak istidam edildiği, denetim, inceleme ve soruşturma alanlarında tecrübe kazanan söz konusu personelin idarenin uzun süren söz konusu uygulamasına güvenerek gelecekte de denetim elemanı olarak görev yapacağı hususunda haklı beklenti içerisine girmesinin makul karşılanması gerektiği, yukarıda yer verilen Danıştay kararında da görüldüğü üzere baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerektiği,..., bu kapsamda denetim ve inceleme yetkileri kaldırılan Defterdarlık Uzman ve Uzman Yardımcılarına muhasebe denetmeni kadrosuna geçiş hakkı verilerek denetim alanında oluşacak boşluğun doldurması ve söz konusu personelin tecrübelerinden faydalanılmasında kamu kararının da bulunduğu anlaşıldığından hakkaniyet ve haklı beklenti ilkeleri çerçevesinde denetim ve inceleme yetkileri kaldırılan Defterdarlık Uzman ve Uzman Yardımcılarına “Muhasebe Denetmeni” unvanına geçiş hakkı verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.” Kamu Denetçiliği Kurumu, 10.06.2022 Tarih ve 2022/2984 Başvuru Numaralı Kararı, Lexpera; Aynı yönde bkz. Lexpera; Kamu Denetçiliği Kurumu, 10.06.2022 Tarih ve 2022/2479 Başvuru Numaralı Kararı, Lexpera.

korunmasıdır^[64]. Haklı beklentiyi kazanılmış hak kavramından ayıran temel farklılık, kazanılmış hakkın doğumu için sadece bir beklentinin oluşması yeterli değildir. Kazanılmış hakkın varlığı için öncelikle hakkın kazanılması ve hukuken korunabilir bir aşamaya gelmesi gerekir. Haklı beklenti ise tamamlanmamış hukuki işlem ve durumlar karşısında bireylerin beklentilerinin hukuken korunmasını ifade eder^[65].

Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği üzere, kişilerin mevcut kurallar çerçevesinde bütün beklentilerinin mutlak suretle korunması mümkün değildir^[66]. Dolayısıyla hangi beklentilerin haklı beklenti sayılarak hukuki koruma altına alınacağına karar vermek oldukça önemlidir. Anayasa Mahkemesine göre; haklı beklentinin tespitinde, “kişilerin bu hakkı elde etmeye ne kadar yakın olduklarının ve kural değişikliğinin bu hakkın elde edilmesine etkilerinin, kural değişikliğine neden olan gerekçelerin gözetilmesi gerekir”^[67]. Yüksek Mahkemeye göre; bir beklentinin hukuken koru-

[64] C. F. Forsyth, “Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”, Çev. Esin Örcü, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-3, 1986, s. 122; Elvin Evrim Dalkılıç, *Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması*, Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2016, s. 121-122; Engin Saygın, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *TBB Dergisi*, Sayı 126, 2016, s. 214-215; “... İtiraz konusu kuralla (A) grubu polis amiri olarak atanmak için gerekli olan her iki şartı taşıyan kişilerin kazanılmış haklarının korunması amaçlanmakta iken, (A) grubu polis amiri olmak için gerekli koşullardan birini tamamlayıp diğerini yerine getirme sürecine giren ve mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunanların (A) grubu polis amiri olma beklentilerinin engellendiği görülmektedir. Nitekim itiraz konusu kuralın ilk halinde yer alan ve komiser yardımcılığı kursunu bitirmemiş olanları etkileyen kısmı da Anayasa Mahkemesinin anılan kararıyla hukuk güvenliği ilkesinden bahisle iptal edilmiştir. 4638 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunu bitirerek dört yıllık yüksek öğretime devam eden kişilerin de hukuk güvenliği ilkesinden yararlandırılmaları gerekmektedir...” Anayasa Mahkemesi, 17.3.2011 Tarih ve E. 2010/106, K. 2011/55 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 14.05.2011, Sayı 27934.

[65] Oğurlu, *op. cit.*, s. 227-228; Boz, *op. cit.*, s. 70.

[66] Anayasa Mahkemesi, 15.11.2017 Tarih ve E. 2016/133, K. 2017/155 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 11.01.2018, Sayı 30298, §97.

[67] Anayasa Mahkemesi, 13.12.2017 Tarih ve E. 2016/32, K. 2017/168 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 16.01.2018, Sayı 30303, §28.

nabilmesi için haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşması ve bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının bulunmaması koşulları aranır^[68]. Doktrinde Boz'a göre; bir beklentinin haklı beklenti olarak kabul edilip korunabilmesi için beklentinin idareye atfedilebilir bir davranış neticesinde oluşması, beklentinin hukuken korunmaya değer aşamaya gelmesi, beklentinin objektif bir güven temeline dayanması, zarar doğması veya bir menfaatin ihlal edilmesi, beklentinin hukuka uygun olması, baskın kamu yararının bulunmaması, beklentiden dürüstlük ilkesine uygun olarak faydalanılması, beklentide kanuna karşı hilenin bulunmaması, beklenti sahibin iyiniyetli olması ve haklı beklenti doğuran durumların varlığı -örneğin, idari teamüllere aykırılık veya düzenleyici işlemlerin beklenmedik değişim aranmalıdır^[69]. Sarıcaoğlu ve Arıkan ise haklı beklentinin korunabilmesi için bir beklentinin bulunması, beklentinin hukuken korunmaya değer -haklı- olması ve beklentinin korunmamasında baskın bir kamu yararının bulunup bulunmamasının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir^[70]. Zira Danıştay da haklı beklentinin korunmasının idarenin takdir yetkisini kullandığı alanlarda söz konusu olduğunu ve kamu yararının ağır bastığı durumlarda haklı beklentiden söz edilemeyeceğini kabul etmektedir^[71].

Uyuşmazlığın değerlendirilmesi için göz önünde tutulması gereken temel ilkeler bu şekilde açıklandıktan sonra ilkelerin somut olaya uygulanarak uyuşmazlığın çözümünün hukuki çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir.

[68] Anayasa Mahkemesi, 25.07.2019 Tarih ve E. 2017/18, K. 2019/66 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 01.11.2019, Sayı 30935, §100.

[69] Ayrıntılı bilgi için bkz. Boz, *op. cit.*, s. 219-332.

[70] Sarıcaoğlu ve Arıkan, *op. cit.*, s. 1521-1524; Kamu Denetçiliği Kurumu da kişilerin öngörülerinin veya beklentilerinin haklı beklenti niteliğine dönüşebilmesi için iki unsuru taşımaları gerektiğini kabul etmektedir: Beklenti doğuran bir durumun varlığı ve beklentinin hukukça korunabilmesi için haklı olması. Kamu Denetçiliği Kurumu, 10.08.2022 Tarih ve 2022/3154 Başvuru Numaralı Kararı, Lexpera.

[71] Danıştay On Beşinci Dairesi, 09.03.2016 Tarih ve E. 2016/923, K. 2016/1543 Sayılı Kararı, Lexpera.

C) UYUŞMAZLIĞA VE MAHKEME KARARLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Vergilendirme işlemleri mülkiyet hakkı ile yakından ilgili olduğu için vergilendirme sürecinde hukuki güvenlik ilkesinin göz önünde tutulması gerekir. Uyuşmazlık konusu olay, gümrük vergilerine ilişkin düzenlemelerin zaman bakımından uygulanması problemiyle ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesiyle yakından ilgilidir.

Uyuşmazlık konusu olayda bir ithalat işlemi söz konusudur. İthalat işlemleri hazırlık aşaması, taşıma ve sigortalama işlemleri aşaması, banka işlemleri aşaması ve gümrük işlemleri aşaması olmak üzere dört temel aşamada incelenebilir^[72]. İthalat işlemlerine gümrük işlemlerinden önceki bir tarihte başlanılmaktadır. Uyuşmazlıkta ithalat işlemlerine başlanıldığı dönemde Meksika gelişme yolundaki ülkeler arasında bulunmaktadır. Dolayısıyla Meksika ile yapılacak dış ticaretten alınacak gümrük vergileri, tercihli tarife esasına dayanılarak gümrük tarifesinde öngörülenden daha düşük bir oran uygulanarak hesaplanmaktadır.

Gümrük Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca tercihli tarife uygulaması, "tarife kotaları kapsamında olsa dahi, ithalat vergilerinde bir indirim veya şartlı muafiyet uygulaması" anlamına gelmektedir. Tercihli tarifelerle devletler birbirlerinin ekonomik hayatlarının gelişmesine katkıda bulunmakta ve karşılıklı olarak ticaret hacimlerinin büyümesini hedeflemektedirler. Somut uyuşmazlıkta da eşyaların satın alınması, satın alınan eşyaların Türkiye'ye getirilmesi ve bu gemilerin yola çıkması, Meksika'dan yapılacak ithalatlarda genelleştirilmiş tercihler sisteminden yararlanılacağı ve %3 oranında gümrük vergisi alınacağı beklentisiyle gerçekleştirilmiştir. Ancak gemiler Türkiye'ye varmadan kısa bir süre önce, 01.01.2014 tarihinden itibaren Meksika gelişme yolundaki ülkeler listesinden çıkarılmıştır. Satın alınan eşyalar için davacı şirket adına 06.01.2014 ve 03.02.2014 tarihli serbest dolaşıma giriş beyannameleri verilmiştir. Meksika gelişme yolundaki ülkeler listesinden çıkarıldığı için gümrük vergisi %3 yerine %6,5 oranı uygulanarak hesaplanmış ve tahsil edilmiştir.

Bakanlar Kurulu kararı üzerine uygulanacak gümrük vergisi oranındaki bu değişimin, Anayasa'nın 73. maddesinde hüküm altına alınan vergilerin kanuniliği ilkesi açısından çeşitli tereddütleri gündeme getirmesi mümkündür. Zira Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri

[72] Ufuk Selen, *Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi*, Bursa, Ekin, 9. Baskı, 2017, s. 3.

mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte aynı maddenin 4. fıkrasında bir istisnai düzenlemeye yer verilerek vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Cumhurbaşkanına verilebileceği hüküm altına alınmıştır^[73]. Buna paralel bir şekilde Gümrük Kanunu'nun 16. maddesinin ilk fıkrasında “Mahiyeti ve nihai kullanım şekli gerekçesiyle, bazı eşyanın yararlanabileceği tercihli tarife uygulaması, Cumhurbaşkanınca belirlenen şartlara tabidir” düzenlemesine yer verilmiştir. Zikredilen maddelerde düzenlenen bu yetkiler, uyuşmazlığın doğduğu dönemde Bakanlar Kuruluna aitken, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanına verilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda Bakanlar Kurulu kararıyla yeni bir vergi türü konulmamakta, belirli ülkelerle yapılacak dış ticaret işlemlerinde mevcut vergilerin oranlarının daha düşük bir oranda uygulanması kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın doğduğu dönemde Bakanlar Kurulunun günümüzde ise Cumhurbaşkanının kullandığı bu yetki dayanağını bizzat Anayasa'dan almaktadır.

Satın alınan eşyanın taşınması, dış ticaret işlemlerindeki en önemli aşamalardan biridir. Zira bu aşamada, satın alınan eşyanın kendi maliyetinden sonraki en yüksek maliyete katlanılmakta ve oldukça fazla risk üstlenilmektedir^[74]. Dış ticaret işlemlerinde eşyanın taşınması aşaması, gümrükleme sürecinde hukuki güvenlik ilkesinin göz önünde tutulmasını vazgeçilmez kılmaktadır. Zira bir dış ticaret işleminin tamamlanması; malın niteliğine, taşıma şekline ve dış ticaret yapılan ülkeye göre değişen bir süreç gerektirir. Bu süreçte dış ticaret işlemlerine uygulanacak gümrük vergisi oranının öngörülebilirlik ilkesi gereğince önceden bilinebilmesi ve öngörülebilmesi gerekir. Çünkü gümrük vergisi, dış ticaret işlemleri açısından bir maliyet unsuru olarak değerlendirilir ve dış ticarete ilişkin bütün maliyet hesaplamaları mevcut duruma göre yapılır. Dolayısıyla gümrük vergisinin hesaplanmasına ilişkin oranlarda değişiklik yapan düzenlemelerin derhal uygulanması yerine

[73] Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Şahan, “Cumhurbaşkanı'nın Vergi ile İlgili Düzenleme Yapma Yetkisi, Yetkinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 701-704; Sadık Kırbay, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 20. Baskı, 2015, s. 30-32.

[74] Selen, *op. cit.*, s. 6.

dış ticaret işleminin taraflarının idareye duydukları güvenin korunarak kademeli bir geçiş sürecinin öngörülmesi gerekir.

Danıştay kararına konu olan uyuşmazlık, 31.12.2013 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan ve 01.01.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe giren, Meksika’nın gelişme yolundaki ülkeler arasından çıkarılmasına dair İthalat Rejimi Kararına Ek Karar’dan kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda davacı şirket, %3’lük vergi oranının uygulanacağı beklentisi içinde ithalat işlemlerini gerçekleştirmektedir. Davacı şirketin %3’lük vergi oranının kendisine de uygulanacağı beklentisi içinde ithalat işlemlerini gerçekleştirmesi, fakat eşya yüklü gemiler Türkiye’ye ulaşmadan bir değişiklikle Meksika’nın gelişme yolundaki ülkeler arasından çıkarılması ve dolayısıyla ödenmesi gereken gümrük vergisinin %6,5 oranı dikkate alınarak hesaplanmasıyla gerçek olmayan geriye yürümenin söz konusu olduğu görülmektedir. Gümrükleme işlemleri tamamlanmadan mevzuat değişikliği gerçekleştiği için bu durum davacı şirket açısından kazanılmış hak tesis etmemektedir. Davacı şirketin beklentisi, dış ticaret işlemlerinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan kuralların kendisine de uygulanacağı öngörüsüyle oluşan hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir haklı beklenti niteliğindedir. Ancak mevzuat değişikliğiyle davacı şirketin öngörüsüyle uyumlu olmayan bir sonucun gerçekleştiği ve haklı beklentisinin korunmadığı dikkat çekmektedir.

Bakanlar Kurulu tarafından alınan İthalat Rejimi Kararına Ek Karar, idarenin adsız düzenleyici işlemleri arasında yer almaktadır^[75]. Düzenleyici işlemlerin beklenmedik bir şekilde ve herhangi bir geçiş hükmü öngörülmezsizin değişimi, haklı beklentiyi doğuran bir sebep olarak kabul edilmektedir^[76]. Oğurlu da geçiş hükümlerinin, sürekli haklı beklenti oluşu-

[75] Gözler, *op. cit.*, s. 1409.

[76] Boz, *op. cit.*, s. 310; Halil Altındağ, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması* (Danışman Aydın Gülan), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 264851), s. 53; “...davalı idarenin ihtiyaç fazlası duruma düşen personel için mağduriyetlerine neden olmayacak şekilde, mevcut yasal düzenlemeler uyarınca bir çözüm üretmesi ve bu doğrultuda düzenleme yapması gerekirken, dava konusu Yönetmelik değişikliği ile kurumda görev yapan koruma ve güvenlik görevlilerinin istekleri dışında 55 yaşında emekliye sevkedilmeleri gereken dağıtıcılığa atanmaları yolunda getirilen kuralda ve buna dayalı tesis edilen işlemde hukuki güvenlik ve haklı beklenti ilkelerine

munu engellemenin hukuki yollarından biri olduğunu ifade etmektedir^[77]. Böylelikle idari işleymde öngörülebilirlik tesis edilerek ilgililerin maliyet hesaplamalarını yaşanacak değışikliğı göz önünde tutarak yapmaları sağlanacak ve bireylerin idareye duydukları güven korunacaktır. Aynı yönde görüş bildiren Erguvan da yeni düzenlemede baskın bir kamu yararı ve kamu düzeni gerekçesi bulunmadığı sürece, geçiş hükümleri ile kazanılmış hakların korunarak geçmişte başlayan hukuki süreçlerin tamamlanmasına imkân verilmesi gerektiğini savunmaktadır^[78]. İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin aksine Danıştay 7. Dairesi de bu yöndeki değışiklerde geçiş hükmünün kabul edilmesi gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur. Daireye göre; Bakanlar Kurulunun uygulanacak vergi oranlarının yürürlük tarihini hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini gözeterek bir tarihten başlatması gerekir. Örneğin; Ek Mali Yükümlülük Olarak İlave Toplu Konut Fonu Tahsili Hakkında Karar'ın^[79] Resmî Gazete'de yayımından itibaren üç ay sonra ve Bazı Ürünlerin İthalatında Ek Mali Yükümlülük Olarak İlave Toplu Konut Fonu Tahsili Hakkında Karar'ın^[80] Resmî Gazete'de yayım tarihini izleyen otuzuncu gün yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Keza 2017/10796 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Karar'da^[81]; bu Karar'ın Resmî Gazete'de yayımlanmasından önceki bir tarihte, Türkiye'ye sevk edilmek üzere bir taşıma belgesi düzenlenerek yüklemesi yapılan eşya hakkında, Karar'ın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren en geç kırk beş gün içinde, eşyanın ithalatına dair beyannamenin tescil edilmesi veya gümrük

uyarlık görülmemiştir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 09.06.2020 Tarih ve E. 2018/1733, K. 2020/862 Sayılı Kararı, Lexpera; Anayasa Mahkemesi de haklı beklentinin yeni kurala geçiş sürecinde kişinin özellikli konumunun gözetilerek farklı ve geçici bir düzenleme yapılmasını gerekli kılabileceğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 15.11.2017 Tarih ve E. 2016/133, K. 2017/155 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 11.01.2018, Sayı 30298, §98.

[77] Oğurlu, *op. cit.*, s. 283.

[78] Erguvan, “İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası”, *op. cit.*, s. 377.

[79] *Resmî Gazete*, 28.04.2011, Sayı 27918.

[80] *Resmî Gazete*, 14.12.2017, Sayı 30270.

[81] *Resmî Gazete*, 22.11.2017, Sayı 30248.

mevzuatına uygun bir şekilde özet beyanın sunulması kaydıyla, bu Karar'ın uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Danıştay kararında verilen örneklerle ilave olarak nispeten yakın tarihli birkaç kararda zaman bakımından uygulanma probleminin nasıl çözüldüğünü incelemek uyuşmazlığın çözülebilmesi için yerinde olacaktır. 23.10.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan İthalat Rejimi Kararına Ek Karar'da^[82], Karar'da yer alan tablodaki vergi oranlarının 30.04.2021 tarihine kadar (bu tarih dahil) hangi oranlarda uygulanacağı dipnotlar eklenerek belirlenmiştir. 24.09.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan İthalat Rejimi Kararına Ek Karar'da^[83] ise sadece muhtelif tarihlerde yürürlüğe giren yedi farklı ithalat rejimi kararına ek kararın geçiş hükümleri değiştirilmiş ve mezkûr kararların uygulanacağı tarihler ötelenmiştir.

Özetlemek gerekirse Meksika'yı gelişme yolundaki ülkeler listesinden çıkaran Karar'ın uygulanmaya başlanmasında herhangi bir geçiş hükmü öngörülmemesi idare hukukunun temel ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır. Sonradan kabul edilen bir düzenleme ile geçmiş dönemler için vergi yükünün artırılması, yükümlülerin devlete ve hukuk düzenine olan güvenlerini sarsarak ekonomik ve ticari hayatta bulunması gereken belirlilik ve istikrarın bozulmasına sebep olur^[84]. Danıştay 7. Dairenin uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmeleri ve konuya yaklaşımı yerindedir. Ancak karara konu uyuşmazlığın gerçek olmayan geriye yürüme ve haklı beklenti ilişkisi çerçevesinde tartışılmamış olması önemli bir eksikliktir.

[82] *Resmî Gazete*, 23.12.2020, Sayı 31343.

[83] *Resmî Gazete*, 24.09.2020, Sayı 31254.

[84] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *op. cit.*, s. 49.

SONUÇ

Kendi koyduğu hukuk kuralları ile kendini bağlı gören ve bu kuralları içselleştirerek işleyişini otokontrole tabi tutabilen devleti ifade eden hukuk devleti ilkesi idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri ise hukuki güvenlik ilkesidir. Gümrük hukuku, hukuki güvenlik ilkesinin öneminin öne çıktığı alanlardan biridir. Zira gümrük vergileri mülkiyet hakkı ile yakından ilgilidir. Keza dış ticaret işlemlerinin gümrük işlemleri aşamasına gelmesi zaman almaktadır. Dış ticaret işlemlerinin yapılması aşamasında taraflar o tarihte ülkede yürürlükte olan düzenleyici işlemleri göz önünde tutarak maliyet hesabı yapmakta ve karar vermektedirler. Dolayısıyla gümrük mevzuatında bu yönde yapılacak değişikliklerde, dış ticaret işleminin taraflarının devlete olan güvenini zedelemeyecek önlemlerin alınması gerekir. Aksi hâlde yapacağı ithalat işleminde hangi oranda vergi ödeyeceklerini öngöremeyen tacirler için ticaret yapmak zorlaşacak ve bu durum ülkenin dış ticaret hacmine olumsuz bir şekilde yansımaktadır. Bu makalede gümrük mevzuatının hiçbir şekilde değişmemesi gerektiği savunulmamaktadır. Yaşanan ekonomik ve politik gelişmeler karşısında, ülkelerin egemenliklerinin belki de en çok hissedildiği alanlardan biri olan gümrüklerde çeşitli değişikliklerin yapılması doğaldır. Önemli olan husus, bu değişikliklerin uygulanmasında hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmeyecek ve kişilerin haklı beklentilerini koruyacak şekilde bir yürürlük tarihinin belirlenmesidir. Danıştay 7. Dairenin kararına konu olan uyuşmazlık da yapılan değişikliğin uygulamaya konulabilmesi için herhangi bir geçiş hükmü öngörülmemesinden ve değişikliğin derhal yürürlüğe girmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum karşısında Danıştayın geçiş hükmü kabul edilmediği için davacı şirket açısından öngörülebilirlik ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin kararı yerindedir. Ancak problemin gerçek olmayan geriye yürüme ve haklı beklenti ilişkisi çerçevesinde irdelenmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akça, Ayşe Merve, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 6, Sayı 83, Aralık 2018, s. 577-596.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Ekonomik Anlamda Yönetiş İşlemlerinin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, *Prof. Dr. Aziz Köklü'nün Anısına Armağan*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1984, s. 33-51.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetiş İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, Haziran 1979, s. 33-44.
- Aktan, Coşkun Can, “Anayasal İktisat ve Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2017, s. 101-116.
- Aktaş, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2011.
- Akyıldız, Ali, “Danıştay ve Hukuk Devleti”, in Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük (Eds.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 457-553.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 12. Baskı, 2020.
- Altındağ, Halil, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması* (Danışman Aydın Gülan), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 264851).
- Altundiş, Mehmet, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 60-94.
- Arıkan, Abdullah, *Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, in Hayrettin Ökçesiz (Haz.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arhivi*, 6. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu, 2003, s. 36-55.

- Aydın, Alper, “Vergi Mahkemelerinde Kanuni Hâkim Güvencesinin Uygulanmasına Dair Bir İnceleme”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, Aralık 2023, s. 449-466.
- Ayyıldız, Yaşar ve Kadir Ayyıldırım, “Vergilendirmede Geçmişe Yürümezlik İlkesinin Türk Vergi Hukukundaki Yeri”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2015, s. 57-74.
- Balkar, Kemal Galip, “İdari Kararlarda Makable Şumul Meselesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, 1960, s. 210-212.
- Balta, Tahsin Bekir ve Hüseyin Nail Kubalı, “Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı”, *AÜSBFD*, Cilt 15, Sayı 3, 1960, s. 1-10.
- Başaran Yavaşlar, Funda, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, in Ece Göztepe (Haz.), Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, s. 189-238.
- Batı, Murat, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Kamu İcra*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023.
- Bıyıklı, Hasan İsmet, “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, *Danıştay Dergisi*, Cilt 3, Sayı 11, 1973, s. 82-132.
- Boz, Selman Sacit, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017.
- Can, Osman, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *AÜEHFD*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 89-125.
- Çağan, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 1, 1980, s. 129-151.
- Çağlar, Selda, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik–Hukuk Güvenliği İlişkisi”, in Ece Göztepe (Haz.), Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, s. 25-139.
- Çağlayan, Ramazan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *AÜEHFD*, Cilt 2, Sayı 1, 1998, s. 41-54.

- Çaptuğ, Mehpere, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 133-160.
- Çaptuğ, Mehpere, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2020.
- Çevikçelik, Muradiye, *Gümrük Hukukunda İdari Faaliyet ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2023.
- Çoban Atık, Ayşegül, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2013, s. 11-53.
- Dalkılıç, Elvin Evrim, *Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması*, Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2016.
- Dölek, Ali, *Gümrük İşlemleri*, İstanbul, Umut Kitap, 3. Baskı, 2017.
- Durdu, Muhammet, “Anayasalarımızda Yer Alan İktisadi Hükümlerin Hukuki Çerçevesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Aralık 2019, s. 111-134.
- Ekeryılmaz, Şebnem ve Temel Gürdal, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararının Geriye Yürümezlik İlkesi Çerçevesinde Hukuksal Analizi”, *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 3, Kasım 2018, s. 185-193.
- Ercan, Tayfun, *Gümrük Hukuku*, Bursa, Ekin, 1. Baskı, 2019.
- Erguvan, Derya Deviner, *İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası* (Danışman Muhsin Ögütçü), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora tezi, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 441474).
- Erguvan, Derya Deviner, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, *DEÜHFD*, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 1711-1765.
- Forsyth, C. F, “Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”, Çev. Esin Örucü, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-3, 1986, s. 121-139.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2017.
- Gündüz, Fatma Ebru, “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 32, Ekim 2017, s. 33-60.
- Güneş, Ahmet M, *Hukuk Metodolojisi*, Bursa, Ekin, 4. Baskı, 2021.
- Karahanogulları, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan, 3. Baskı, 2015.
- Karakoç, Derya, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Yargı Kararlarına Yansıyan Geçici Maddelerinin Kazanılmış Hak Açısından İncelenmesi”, *İÜHFİM*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1003-1018.
- Keskin, Esra ve Mustafa Mıynat, “Genel Tebliğler Işığında Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 148, Ocak 2024, s. 119-135.
- Kırbaş, Sadık, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 20. Baskı, 2015.
- Köküsarı, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2015.
- Marmor, Andrei. “Hukuk Devleti ve Sınırları”, Çev. Sevda Gültekin Göktolga, in Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük (Eds.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 169-207.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2003.
- Öncel, Mualla, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan, 25. Baskı, 2016.
- Özdemir, Selman, “İmar Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Kavramın Kentleşmeye Etkileri”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 471-472, Haziran-Eylül 2011, s. 169-196.
- Özdemir, Selman, “İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 473, Aralık 2011, s. 113-132.

Gümrük Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Önemi:
Danıştay Kararı Işığında Bir İnceleme

- Özgülven, Ali Volkan, *Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi* (Danışman Mustafa Akkaya), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 191475).
- Sandstorm, Mark R., “Import Relief, Unfair Trade Practices and the Generalized System of Preferences”, *Lawyer of the Americas*, Cilt 11, Sayı 2/3, Yaz-Sonbahar 1979, s. 359-373.
- Sarıcaoğlu, Ercan ve Abdullah Arıkan, “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 2021, s. 1501-1540.
- Saygın, Engin, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *TBB Dergisi*, Sayı 126, 2016, s. 211-234.
- Selen, Ufuk, *Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi*, Bursa, Ekin, 9. Baskı, 2017.
- Şahan, Özgür, “Cumhurbaşkanı’nın Vergi ile İlgili Düzenleme Yapma Yetkisi, Yetkinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 693-711.
- Şahin, Yahya, “Yasa ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi”, *Danıştay Dergisi*, Cilt 39, Sayı 120, 2009, I- XXVIII.
- Tan, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Tekin, Abdulkadir ve Ümit Engin Tekin, *4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na Göre Gümrük İşlemleri Mevzuat-Teori-Uygulama-Vergilendirme*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2018.
- Temel, Mehmet, “Cumhuriyet Arşivi Belgelerine Göre Türkiye-Meksika İlişkileri”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 39, Bahar 2017, s. 60-80.
- Toroslu, Mahmut Vefa, *Dış Ticaret İşlemleri ve Muhasebesi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2013.
- Tuncer, Selahattin, *Gümrükler ve Gümrük Vergileri (Teori-Uygulama)*, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2001.

- Ulusoy, Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021.
- United Nations, *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development*, Cilt 1, New York, United Nations Publication, 1968.
- Vurucu, Mehmet ve Mustafa Ufuk Arı, *Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Dış Ticaret İşlemleri*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2005.
- Yılmaz, Elif, “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, Cilt 1, Sayı 4, 2015, s. 1024-1036.
- Yılmaz, Harun, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2019.
- Kararlara Erişim: Lexpera.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Gözde ÜLKER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı / Denizli- Türkiye

E-posta: gozde_bayazit@hotmail.com gulker@pau.edu.tr **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-0647-2976>

Makale geliş tarihi: 11 Aralık 2023 Makale kabul tarihi: 3 Temmuz 2024

Atf önerisi: Ülker, Gözde, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi” *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.37-90. **DOI:** 10.30915/abd.1403241.

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NA GÖRE GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

ÖZ

Geçici teminat, isteklinin teklifiyle bağlı kalması, ciddi, teknik, mesleki ve mali açıdan yeterli isteklilerin ihaleye katılması amaçlarıyla teklif edilen miktar üzerinden alınan bir bedeldir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen bazı hallerde geçici teminat isteklilere iade edilmemekte, idareye gelir olarak kaydedilmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda geçici teminatın verilmesine ilişkin asgari bir oran belirlenmiş, ancak idareye gelir olarak kaydedilecek kısım bakımından açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çalışmada geçici teminatın gelir kaydedilmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesine gayret edildikten sonra gelir kaydedilme halleri ve oranı üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: geçici teminat, geçici teminatın hukuki niteliği, kamu ihalesi, gelir kaydedilen haller, gelir kaydedilme oranı

**ACCORDING TO PUBLIC PROCUREMENT LAW NO.4734
REGISTERING AS REVENUE OF TENDER SECURITY**

ABSTRACT

Tender security is a price received over the offered amount for the purpose of keeping the tenderer bound with its offer and for the participation of serious, technically, professionally and financially competent tenderers. In some situations regulated in the Public Procurement Law No. 4734, the tender security is not returned to the tenderers, but is recorded as revenue to the administration. In the Public Procurement Law No. 4734, a minimum rate has been determined regarding the tender security, but there is no clear provision regarding the part to be recorded as revenue to the administration. In this study, after an effort was made to determine the legal nature of the registering as revenue of the tender security, evaluations were made on the rate and situations of registering as revenue.

Keywords: tender security, legal character of tender security, public procurement, situations relating registering as revenue of tender security, rate of registering as revenue.

GİRİŞ

İdarenin, kamu kaynağından harcama yapılan ya da kamuya gelir getirici işlerde sözleşme imzalayacağı kişiyi belli usullere bağlı olarak seçmesine ihale adı verilmektedir^[1]. Kamu ihaleleri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (2886 sayılı Kanun)^[2] ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun)^[3] başta olmak üzere birçok kanun^[4] ve düzenleyici işleme^[5] tabi olarak gerçekleştirilmektedir. Kamuya gelir getirici nitelikte olan işler 2886 sayılı Kanun kapsamında, kamu harcamasını gerektiren mal ya da hizmet alımları ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülmektedir^[6].

İhale süreci, birbirini izleyen usul kurallarından oluşan bir süreci ifade etmekte ve sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanmaktadır^[7]. İhale, 4734

- [1] İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3. Tıpkı Baskı, 2017, s.549; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021, s.621; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 14. Baskı, 2021, s.496.
- [2] 08 Eylül 1983 Tarih ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu.
- [3] 04 Ocak 2002 Tarih ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.
- [4] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihale hukukunun temel kanunlarıdır. İhaleye ilişkin özel hükümler içeren başka kanunlar da bulunmaktadır. Örneğin, 28.05.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bunlardan birkaçıdır.
- [5] Kanunlarda ihalelere ilişkin kuralların uygulanmasını göstermek, ayrıntılarını belirlemek amacıyla düzenleyici işlemler tesis edilmiştir. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (e) Bendine Göre Yapılacak Alımlarda Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik, Kamu İhale Genel Tebliği, Kamu İhale Tebliği (Tebliğ No: 2023/1) bunlardan bazılarıdır.
- [6] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.496-497; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.627; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, Yeni Sisteme Göre Güncellenmiş 11. Baskı, 2023, s.478.
- [7] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2020, s.35; Oğuz Sancakdar *et al.*, *İdare Hukuku*

sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler" şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte ihalenin ilanı, ihale komisyonunun kurulması gibi idarenin tek taraflı işlemleri söz konusu olmaktadır. İhale için ödeneğin ayrılmasıyla başlayan ve sözleşmenin imzalanmasına kadar devam eden sürece idare hukuku kuralları; sözleşmenin imzalanmasından sonra ise aksine düzenleme olmadığı sürece özel hukuk hükümleri uygulanmaktadır^[8]. Nitekim, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir" kuralı da sözleşmenin uygulanması konusunda tarafların özel hukuk kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Kamu hukuku kuralları ile özel hukuk kurallarının bu süreçte uyum içinde uygulanmasıyla ihale konusu iş tamamlanmaktadır^[9].

Teminat, sözlükte güvence, garanti olarak tanımlanmıştır^[10]. Teminat, borçlunun borcunu ifa etmesini güvence altına alan bir kurumdur. Kamu ihale hukukunda teminat, ihaleye katılanların, yükümlülüklerine, ihale

Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, 2022, s.639; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.477.

[8] Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 13. Bası, 1966, s.1621-1624; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.625. İhale sürecinde şu aşamalardan geçilir: Ödenek, yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihale dokümanının hazırlanması, ihale komisyonunun oluşturulması, ihale ilanı, tekliflerin sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale yetkilisinin onayı, sözleşmeye davet, sözleşmenin imzalanması, uygulanması ve işin tamamlanması. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.624; Sezer, Kalkan ve Şahin, *op. cit.*, s.205-242; Sancakdar *et al.*, *op. cit.*, s.653-654; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013, s.209-216; Kemal Gözler, *İdare Hukuku II*, Bursa, Ekin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019, s.128-138; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.476; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.510-515.

[9] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.625.

[10] *Kubbealtı Lugatı*, "Teminat" Maddesi (<http://lugatim.com/s/teminat>) (Erişim Tarihi 22.03.2023); *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, "Teminat" Maddesi (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).

mevzuatına ve ihale dokümanına uygun olarak hareket etmesini sağlamaya ve (kesin teminat kapsamında) idarenin zararına yönelik bir güvence niteliğindedir^[11]. Bu çerçevede 4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun'da kamu kaynaklarının isabetli kullanılması ve ihtiyaçların zamanında giderilmesi amaçlarına yönelik olarak geçici ve kesin teminat yer almaktadır. 2886 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre isteklilerden, ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında geçici teminat alınırken^[12], aynı Kanun'un 54. maddesine göre taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır. 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen geçici teminat ise teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere alınan bir bedeldir. 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesinde düzenlenen kesin teminat da taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine göre yerine getirilmesi için ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden %6 oranında alınan bedeldir. Bu itibarla geçici teminat, tekliflerin sunulması aşamasında teklifle birlikte sunulduğundan, henüz ihale sonuçlanmadığı ve sözleşme imzalanmadığı için idare hukuku kurallarının tabi olduğu kısımda yer almaktadır. Çalışmamızın konusu kapsamında bundan sonraki açıklamalarımız 4734 sayılı Kanun'da yer alan geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin olmaktadır.

Çalışmamız üç ana başlıktan oluşmakta olup, ilk ana başlıkta geçici teminat ile geçici teminatın gelir kaydedilmesinin tanımı, kapsamı, amacı ve hukuki niteliği açıklanmaktadır. Bu kapsamda ilk ana başlıkta geçici teminatın tanımı ve kapsamı, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin tanımı, hukuki niteliği ve amacı, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin hukuki sınırları alt başlıklar halinde değerlendirilmektedir. İkinci ana başlık altında geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin haller alt başlıklar halinde incelenmektedir. Çalışmanın son ana başlığında da geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranına ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır.

[11] Mehmet Aksoy, "Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri" *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Cilt 20, Sayı 2, 2020, s.393-395.*

[12] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 16. maddesine göre, ihale ilanında tahmin edilen bedel ve geçici teminatın miktarının belirtilmesi zorunludur.

I. GEÇİCİ TEMİNAT VE GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A) GEÇİCİ TEMİNATIN TANIMI VE KAPSAMI

Geçici teminat, kamu ihalesine katılan isteklinin sunduğu teklifiyle bağlı kalması için alınan bir bedeli ifade etmektedir^[13]. Bu çerçevede, ihaleye ihale konusu işi yapabilecek ekonomik güce sahip olanlar katılabilecek ve bunlar tekliflerini mevzuata uygun bir şekilde hazırlamak zorunda olduklarını aksi halde maruz kalacakları sonuçları önceden öngörebilecektir^[14].

Geçici teminat, 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde "İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir" şeklinde düzenlenmiştir^[15].

Kanunkoyucu, 4734 sayılı Kanun'da geçici teminat bakımından asgari bir oran belirlemiş, teminatın miktarı konusunda istekliye takdir hakkı sunmuştur^[16]. Her isteklinin farklı teklif sunabilme ihtimali olduğundan,

[13] Eren Toprak, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 2. Baskı, 2022, s.291.

[14] Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, Seçkin, 2013, s.974; Aksoy, *op. cit.*, s.395; Muhittin Abacıoğlu ve Ali Abacıoğlu, *Açıklamalı- İcraatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulanması*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2021, s.525; Dinçer Gönen ve Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2006, s.495. Sayıştay da 2017 yılında verdiği bir kararında benzer değerlendirmelerde bulunmuştur: "İhaleye katılan isteklilerden geçici teminat istenmesi, işi yapabilecek nitelikteki ciddi isteklilerin ihaleye katılımını sağlayacağı gibi, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaması halinde o ana kadar ortaya çıkabilecek muhtemel idare zararının da karşılanmasını temin edecektir". Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Yasal Süresi İçinde Sözleşme İmzalamaya Gelmeyen İsteklinin Geçici Teminatının Eksik Gelir Kaydedilmesi Konulu Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>).

[15] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, ihale dokümanında belirtilmesi koşuluyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde (m.33) ve doğrudan temin usulünde (m. 22) teminat alınmasına gerek yoktur.

[16] Özel kanunlarda da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve

ihale saatinden önce tekliflerin tahmin edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir^[17]. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrasında sadece teminat mektuplarının ihale komisyonuna teslim edileceği, teminat mektubu dışındaki diğer değerlerin saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine yatırılması gerektiği düzenlenmiştir. Saymanlığa ya da muhasebe müdürlüklerine teminat bedeli yatıranların teklifleri görevliler tarafından tahmin edilemeyeceğinden, ihale saatinden önce başkalarına duyurulamayacaktır. Aynı şekilde, ihale komisyonuna teminat mektubunu sunan isteklinin teklifi, komisyon üyelerince ihale saatinden önce tahmin edilemeyecektir. Dolayısıyla kanun koyucu, tekliflerin istekliler, teminat bedelinin yatırıldığı saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerindeki görevliler ile ihale komisyonu üyeleri tarafından önceden bilinmesinin önüne geçmek için geçici teminatın sadece asgari oranını belirlemiştir.

Teminat olarak gösterilebilecek değerler, 4734 sayılı Kanun'un 34. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hükme göre, tedavüldeki Türk parası, teminat mektupları^[18], Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler teminat olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu ilgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi

Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. 6428 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 12. fıkrasında teklif edilen bedelin en az %3'ü oranında geçici teminat verileceği, 13. fıkrasında da ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması halinde geçici teminatının irat kaydedileceği düzenlenmiştir.

[17] Toprak, *op. cit.*, s.291; Sadettin Doğanıyigit, *Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş Geliştirilmiş 19. Baskı, 2022, s.705.

[18] Teminat mektuplarının kapsamına ve şekline ilişkin düzenlemeleri yapma konusunda Kamu İhale Kurumu'nun yetkili olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 35. maddesinde ifade edilmiştir. Yine mezkur hükümde, 32 nci maddeye göre belirlenen tekliflerin geçerlilik süresinden en az otuz gün fazla süreli olmak kaydıyla, geçici teminat mektuplarında süre belirtileceği, teklif geçerlilik süresinin uzatılması halinde, geçici teminat mektuplarının süresinin de aynı süre ile uzatılacağı, kesin teminat mektuplarının süresinin ihale konusu işin bitiş tarihi dikkate alınmak suretiyle idare tarafından belirleneceği ve ilgili mevzuatına aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektuplarının kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir.

kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye’de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektuplarının da teminat olarak kabul edilmesine izin vermiştir. Ayrıca, 34. maddenin son fıkrasında idarece alınan teminatların haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir koyulamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Bir ihtiyacın giderilmesine yönelik ihale işlemlerini yürüten idarenin elinde olan teminat hakkında üçüncü kişilerin hak talebinde bulunması^[19] ve ihale sürecinin sekteye uğrayıp uzaması engellenmek istenmiştir^[20].

Geçici teminat, 4734 sayılı Kanun’un 30. maddesinde belirtildiği gibi tekliflerle aynı anda sunulmakta ve teklif mektubu ile istenilen diğer belgelerin yer aldığı zarfın içine koyulmaktadır. Tekliflerin değerlendirilmesinden sonra, ihale üzerinde kalan istekli haricindeki diğer isteklilerin teminatları iade edilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin sahibinin teminatı ise ihale üzerine bırakılan istekliyle sözleşme imzalandıktan sonra iade edilmektedir^[21].

B) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Geçici teminat, mevzuatta öngörülen bazı durumlarda istekliye iade edilmemekte, idareye gelir olarak kaydedilmektedir. Bir başka ifadeyle, teklifin %3’ü veya %3’ün üzerinde verilen geçici teminat, sözleşme bir başka istekliyle imzalanmış olsa dahi diğer isteklilerin mevzuatta öngörülen kurallara riayet etmemesi halinde kendilerine iade edilmemekte ve idareye gelir olarak kaydedilmektedir.

[19] Toprak, *op. cit.*, s.292.

[20] Teminatını haczedilemeyeceğine ve üzerine ihtiyati tedbir koyulamayacağına ilişkin kural, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitmiş, ancak Anayasa Mahkemesi, bu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih ve E.2005/138, K.2008/124 Sayılı Teminatın Haczedilemeyeceği Kararı.

[21] İhale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir. (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.34/5).

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi öncelikle bir idari işlemdir^[22]. Zira, idare bu işlemi kamu gücüne dayanarak tek taraflı olarak tesis etmekte ve işlem, muhatabının hukuki alanında hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesini idari işlem olarak kabul ettiğimizde tabi olduğu hukuki rejime ilişkin sonuçları da görmek gerekmektedir. Bu sonuçlardan ilki, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari işlemin özelliklerini de taşımasıdır. Bu çerçevede geçici teminatın gelir kaydedilmesi idari makamlarca tek taraflı olarak tesis edilmektedir. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanmadığı için tarafların üzerinde serbestçe müzakere edebileceği bir kural değildir. İdarenin, teminatın gelir kaydedilmesine yönelik iradesini açıkladıktan sonra karşı tarafın onayına gerek bulunmamakta, iradenin açıklanmasıyla hukuk düzeninde hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle de geçici teminatın gelir kaydedilmesi icrai bir idari işlemdir^[23].

[22] Bülent Torun, *Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cemil Kaya), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 603617), s.159.

[23] İdari işlemin icrailiği, idarenin iradesinin yöneldiği kişinin ya da nesnenin üzerinde hukuki sonuçlar doğurmasını ifade eder. Bir başka ifadeyle, icrai olan işlem, başka birinin onayına ihtiyaç duymadan açıklanmasıyla muhatabının hukuk alanında hukuki değişiklikler meydana getirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990 s.119-120; Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, Ankara, Astana, s.2014, s.26 vd; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2004, s.253-284; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 341; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.272-273; Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin, 2000, s.43-44; Kemal Gözler, *İdare Hukuku I*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, s.776; Mutlu Kağıtçıoğlu, "İdari İşlemin İcraîliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, 2021, s.267-284. Nitekim Danıştay da bir kararında icrai işlemi "idare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler" olarak tanımlamıştır. Danıştay Yedinci Dairesi, 19 Ocak 2000 Tarih ve E. 1999/1766, K. 2000/67 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi Sayı 104, s.371. İşlemin icrai olması ile resen icrası birbirinden farklılık arz etmektedir. Resen icra, idari işlemin hukuk düzeninde sonuç doğurmasından sonra maddi alanda da sonuç doğurmasının mahkemenin onayına ihtiyaç olmadan idare tarafından gerçekleştirilmesini ifade eder. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin maddi alemde sonuç doğurması için kararı veren yetkili makamın

Ayrıca, tesis edildiği andan itibaren hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için, kendisine karşı mahkemece yürütmenin durdurulması kararı ya da iptal kararı verilmediği veya idarece geri alınmadığı, kaldırılmadığı sürece hukuk düzeninde hukuka uygun olarak kalmaya devam etmektedir.^[24]

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari işlem olmasının diğer bir sonucu ise yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından idari yargı denetimine tabi olmasıdır. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin iptalinin talep edildiği davada yargı yeri, idari işlemin beş unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapacaktır.

Doktrinde idari işlemler maddi bakımından idari işlemler, iradenin açıklanması bakımından idari işlemler, hukuki etkisi bakımından idari işlemler gibi farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır^[25]. Biz de yargı denetimi bakımından özellik arz edebilecek ayrımlar kapsamında genel bir sınırlandırma yapmayı uygun görmekteyiz. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, maddi bakımından, özel, somut ve bir kere uygulanmakla tükendiği için birel işlemdir. İradenin açıklanması bakımından, açık (sarih); açıklayanların sayısı bakımından ihale yetkisinin bir kamu görevlisi ya da kurul olmasına göre basit (tek) ya da birleşik iradeli; hukuki etkisi bakımından ise emredici ve yükümlendiricidir. Emredici olması, işlemin, muhatabına bir şeyi yapması ya da bir şeyden kaçınması konusunda yükümlülük yüklediği ve

mahkemeden karar almasına gerek yoktur. Günday, *op. cit.*, s.124; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.327; Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.779. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.275

[24] Günday, *op. cit.*, s.126; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.326; Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.781.

[25] Örneğin Onar, hukuki tasarrufların maddi bakımından tasnifi, hukuki tasarrufların uzvi ve şekli bakımından tasnifi, hukuki tasarrufların iradenin izharı bakımından tasnifi şeklinde bir ayırım yapmıştır. Onar, *op. cit.*, s.338-355. Çağlayan, maddi bakımdan idari işlemler, irade açıklayanların sayısı bakımından idari işlemler, açıklanan iradenin şekline göre idari işlemler, hukuki etkisine göre idari işlemler şeklinde bir ayırım yapmıştır. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.337-358. Gözler, maddi açıdan, içeriklerine göre, muhatapları üzerindeki etkilerine göre, açıklanan iradenin sayısı ve usulüne göre, işlemi yapan makama göre, açıklanan iradenin şekline göre, isteğe bağlı olup olmamalarına göre, icrai olup olmamalarına göre tasnif yapmıştır. Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.788- 805.

bireylerin hukuki durumlarını sınırladığı anlamına gelmektedir^[26]. Örnek olarak kolluk işlemleri gösterilebilir^[27]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi işlemi de teklifiyle bağlı kalması ve mevzuatta öngörülen yükümlülüklere uyulması konusunda istekliye yükümlülük yüklediğinden, emredici ve yükümlendirici bir işlemdir. Bu özelliği onun aynı zamanda bir kolluk işlemi olduğunu da göstermektedir.

İdare, kolluk faaliyetlerini kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla yürüttüğünden kamu düzeni kavramı önem taşımaktadır. Kamu düzeni, doktrinde genel güvenlik, genel sağlık, dirlik esenlik ve genel ahlak olmak üzere dört unsur üzerinden anlatılmaktadır^[28]. Toplumun değişen ve gelişen ihtiyaçları neticesinde kamu düzeni kavramının içeriği de zamanla genişlemekte ve değişmektedir. Bu kapsamda serbest piyasa ekonomisine ilişkin düzenin sağlanması amacıyla da ekonomik kamu düzeni kapsamında idareler kurallar koyup denetimler gerçekleştirmektedir^[29]. Bunlardan birini de ihale süreci oluşturmaktadır. Hatta ihale sürecinde yürütülen faaliyetlerin bir düzen içinde olmasını sağlayan özel idari kolluk kapsamında kamu ihale kolluğu olduğu ifade edilmektedir^[30]. Dolayısıyla, ihale sürecinin, temel ilkelere uygun olarak bir düzen içinde yürütülmesini sağlamak için idarenin kolluk faaliyetleri kapsamında geçici teminatı gelir kaydetme yetkisi bulunmaktadır.

[26] Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin, 2000, s.54; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.367; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku, op. cit.*, s.362.

[27] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.368.

[28] Çağlayan, kamu düzenini güvenlik, esenlik, genel sağlık, genel ahlak, genel estetik, insan onuru olarak altı unsur üzerinden açıklamıştır. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, s.285-291.

[29] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 4, 2009, s.83.

[30] Cemil Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlandırılması: İhalelere Katılmaktan Yasaklama", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006, s.155. İsbir, toplumun tümünü kapsayan kamu düzeni kavramının, ekonomi alanındaki düzen bakımından ekonomik kamu düzeni, ihale hukuku bakımından da ihale düzeni olarak adlandırılmasının doğru olduğunu ileri sürmektedir. Begüm İsbir, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara, Turhan, 2011, s.93.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi aynı zamanda bir idari yaptırımdır^[31]. İdari yaptırım, yapılması gerekenin yapılmaması ya da kaçınılması gereken şeyden kaçınılması nedeniyle idari düzenin bozulması halinde idare tarafından alınan ve mahkeme kararına gerek olmaksızın idarece uygulanan, muhatabına yükümlülük getiren bir kararı ifade eder^[32]. Anayasa Mahkemesi, bir kararında idari yaptırımları “İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir” şeklinde tanımlamış; toplumun gelişen ve değişen gereksinimlerini zamanında ve etkin bir şekilde karşılayabilmek için idareye çeşitli alanlarda yaptırım uygulama yetkisi verilebileceğini ifade etmiştir^[33]. İdari yaptırımların amacı bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak ve kamu düzenini sağlamaktır^[34]. Bu çerçevede, ihale düzeninin sağlanması ile isteklilerin ve idarenin menfaatlerinin korunması amaçlarına yönelik, mevzuatta öngörülen kurallara aykırı olarak teklif sunanlara veya teklifiyle

[31] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.974; Toprak, *op. cit.*, s.294. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya konu olan bir kararında, kamu ihale sisteminde, ihaleye katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi olarak iki tür yaptırım öngörüldüğünü ifade etmiştir: “Kamu kurum ve kuruluşları, hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri genellikle kamu ihaleleri yoluyla temin etmektedir. Kamu kaynakları kullanılarak ihaleler gerçekleştirildiğinden ve yüksek meblağlarla kamu makamları ihaleye katıldığından bu kaynakların etkin ve verimli kullanılması, Hazinesinin korunması ve kaynak israfının önlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya ağır kural ihlali hallerinde kamu ihale sisteminde iki tür yaptırım öngörülmüştür. Yaptırımlar ihaleye katılmaktan yasaklanma ve teminatın gelir kaydedilmesidir”. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 11 Aralık 2018 Tarih ve 2014/1759 Başvuru Numaralı, Doğan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1759>).

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 02, 1963, s.115,136; Yücel Oğurlu, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Ankara, Seçkin, 2000, s.34; Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara, Asil, 2006, s.22-4; Günday, *op. cit.*, s.233.

[33] Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E.2008/115, K.2011/86 Sayılı Kararı.

[34] Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.40-1; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, *op. cit.*, s.22; Günday, *op. cit.*, s.233.

bağlı kalmayanlara karşı 4734 sayılı Kanun'la idareye geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını uygulama yetkisi verilmiştir^[35].

C) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİNİN AMACI

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının amacı iki yönlüdür. Bu yaptırımın ilk yönü, idarenin ihale sürecinin güvenli ve düzenli bir ortamda tamamlanmasını sağlamaktır. Güvenli ve düzenli bir ihale düzeni hem idare hem ihaleye katılanlar hem de tüm toplum açısından önem arz etmektedir. Zira özellikle kamu kaynağının harcandığı ihalelerde, ihaleye katılmasa dahi bireylerin ihalelerin açık ve güvenilir biçimde yürütüldüğünü bilmeleri ve buna inanmaları şeffaf idare açısından önem taşımaktadır^[36]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının amacının ikinci yönü ise geçici teminatın istenmesiyle ilgili olup, ihaleye teklif vereceklere ilişkindir. Daha açık bir ifadeyle, ihaleye teklif vereceklere, bu yaptırımla, ekonomik ve mesleki açıdan yeterli, ciddi ve dürüst kişilerin teklif vermesi gerektiğine, aksi halde maddi bir kayba uğrayacaklarına dair bir mesaj verilmektedir^[37]. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde geçici teminatın istenmesiyle işi yapmaya istekli ve yeterli kişilerin teklif vermelerinin amaçlandığı ifade edilmiştir^[38]. Bu iki yön birbirinden bağımsız olmadığından, geçici teminat istenilerek ihaleye, ciddi, dürüst ve yeterli isteklilerin katılımı sağlanırken, bu teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımıyla da hukuka

[35] 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale sürecinin düzenli ve güvenli bir şekilde tamamlanması için idarenin sahip olduğu diğer bir kolluk yetkisi kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararıdır. Bkz. Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.1012; Kaya, *İhale Hukukunda Çalışma*, *op. cit.*, s.155.

[36] Kaya da ihale hukukuna ilişkin diğer bir idari yaptırım olan ihalelere katılmaktan yasaklamayı değerlendirdiği makalesinde ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının dört boyutlu olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir: "Bu yaptırım kararının sonuçları dört boyutlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki bu kararlar birlikte, bir defa hakkında yasaklanma kararı verilen istekli muhtemel bir ekonomik çıkardan yoksun bırakılmakta, ihaleye katılan diğer isteklilerin çıkarları gözetilmiş olmakta, idarenin mali açıdan zarara uğramasının önüne geçilmekte ve nihayet toplum yararı korunmaktadır". Kaya, *İhale Hukukunda Çalışma*, *op. cit.*, s.154.

[37] Torun, *op. cit.*, s.156.

[38] [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), s.68, (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2023).

aykırılıkların önlenmesine ve ihale sürecinin kurallara uygun bir şekilde tamamlanmasına katkı sunulmaktadır. Bunun haricinde, geçici teminatın kamunun zararını karşılama amacı bulunmadığı ifade edilmektedir^[39]. Danıştay Birinci Dairesi, 1995 yılında, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki bir ihaleye ilişkin bu konuyla ilgili görüşünü,

“teminatın idarenin uğradığı ya da uğrayacağı zararlar herhangi bir illiyet rabıtası söz konusu değildir. Öyle olsaydı, teminatın idarenin zararından fazla olması halinde, ya da idarenin zararı söz konusu olmayan hallerde, feshe rağmen teminatın kısmen ya da tamamen iadesi söz konusu olmak gerekirdi”

diyerek açıklamıştır^[40]. Sayıştay ise isteklilerden geçici teminat istenilmesinin amacının, işi yapabilecek ciddi isteklilerin ihaleye katılmasının sağlanması ve aynı zamanda sözleşme imzalanmaması halinde idarenin o zamana kadar ortaya çıkabilecek zararlarının karşılanması olduğunu ifade etmiştir^[41]. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya konu olan kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin bir kararında,

“Olayda başvuru Şirketin yatırdığı teminatın irat kaydedilmesi, ihalelerde usulsüzlük yapılmasının önlenmesi ve bu suretle kamu hazinesinin korunması amacına dayanmakta olup bu sebeple müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu kuşkusuzdur”

[39] Torun, *op. cit.*, s.155-156.

[40] Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Kararı, Legalbank. Aynı şekilde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), Danıştay Birinci Dairesine konu olan olayı değerlendirdiği kararında “Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek” diyerek, geçici teminatın amacının doğru isteklilerle ihale sürecinin sekteye uğramadan tamamlanması olduğunu belirtmiştir. DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Kararı, Legalbank.

[41] “İhaleye katılan isteklilerden geçici teminat istenmesi, işi yapabilecek nitelikteki ciddi isteklilerin ihaleye katılımını sağlayacağı gibi, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaması halinde o ana kadar ortaya çıkabilecek muhtemel idare zararının da karşılanmasını temin edecektir”. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>)

diyerek hazineye ilişkin bir amacının olduğunu da ifade etmiştir^[42]. Anayasa Mahkemesi bu kararında kesin teminatı değerlendirmektedir. Kesin teminat, taahhüdün sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla alındığı için taahhüdün yerine getirilmemesi sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir meseledir. Dolayısıyla idare ile yüklenici arasındaki sözleşme şartlarına yüklenici tarafından uyulmaması halinde idarenin bir zarara uğrayacağı açıktır. İdare de bu durumda kesin teminatı gelir olarak kaydetmekte ve varsa başka zararları 4735 sayılı Kanun'un 22. maddesinin son fıkrası uyarınca yükleniciye tazmin ettirilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında taahhüdün sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi nedeniyle teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin davanın adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre çözüleceği sonucuna ulaşmıştır^[43]. Sayıştay'ın, yukarıda ifade ettiğimiz karardaki geçici teminatın gelir kaydedilmesinin sözleşme imzalanmazsa o ana kadar ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasını temin edeceğine yönelik görüşüne katılmamaktayız. Zira, geçici teminatın gelir kaydedilmesi idarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak tesis ettiği icrai bir işlemdir. Aynı zamanda, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, kolluk faaliyetleri çerçevesinde idareye verilmiş bir yaptırım uygulama yetkisidir. Kolluk faaliyetlerinin özel amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır ve bu faaliyetler kapsamında tesis edilmiş bir idari işlem genel amaca uygun olsa

[42] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümünün 2014/1759 Başvuru Numaralı Kararı. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da kesin teminatın amacını şu şekilde ifade etmiştir: “Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacını gütmektedir. Benzer şekilde, fiyat farkı ödemesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında ek kesin teminat alınması öngörülmüştür. Kesin teminat ve ek kesin teminat, idare bakımından bir güvence niteliği taşımaktadır”. Anayasa Mahkemesi, 14 Ocak 2010 Tarih ve E. 2007/68, K.2010/2 Sayılı Kararı.

[43] “Somut olayda, ihaleyi kazanan davacı şirketin, sözleşmeye aykırı olarak, yüklendiği işi süresinde yerine getirmemesi üzerine mücbir sebep gerekçesiyle süre uzatımı talebinde bulunduğu ancak bu talebinin reddi üzerine hem ret işleminin iptali hem de teminat mektuplarının nakde çevrilmesi ve irat kaydedilmesinin iptalini talep ettiği anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır”. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 20 Şubat 2017 Tarih ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı Kararı (<https://kararlar.uysuzmazlik.gov.tr/>).

da özel amaca uygun olmadığı sürece hukuka aykırı kabul edilmektedir^[44]. Bu nedenle, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, ihale sürecinin düzenli, güvenli ve hızlı bir şekilde yürütülmesini amaçlayan bir idari yaptırım olup, idarenin varsa zararının tazmininin diğer hukuki yollardan isteme hakkının devam ettiği kanaatindeyiz^[45].

D) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ YAPTIRIMININ HUKUKİ SINIRLARI

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının hukuki sınırlarını bu başlık altında üç açıdan ele almayı düşünmekteyiz. Öncelikle, mezkûr yaptırımın Anayasa ile çizilen sınırları kısa ve genel olarak açıklanacaktır. Daha sonra, özel kolluk işlemi ve idari yaptırım olarak tabii olduğu sınırların değerlendirilmesi ayrı ayrı yapılacaktır.

1- Genel Anayasal Sınırları

İdare kolluk faaliyetlerini yerine getirirken kullandığı yetkiler sonucunda bireylerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırabilir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi de isteklinin malvarlığında bir azalmaya ya da borçlarında bir artışa neden olacağı için mülkiyet hakkını sınırlandıran bir yetkidir^[46]. Bu nedenle, öncelikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hukuki rejimine tabii olması gerekmektedir.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde^[47] düzenlenmiştir. Madde metninde sınırlanma nedeninin ancak kamu yararına olacağı öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Birinci Protokolün (Protokol) 1. maddesinde^[48] mülkiyetin korunması başlığıyla mülkiyet hakkı ve sınırlama

[44] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.577.

[45] Aynı yönde bkz. Torun, *op. cit.*, s.157.

[46] Torun, *op. cit.*, s.159.

[47] 1982 Anayasası m.35: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz".

[48] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Birinci Protokol madde 1 Mülkiyetin korunması: "Her gerçek ve tüzel kişi, sahip olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve hukukun öngördüğü

nedenleri düzenlenmiştir. Protokolün 1. maddesinde, sınırlama koşulları olarak amacın kamu yararı olması, müdahalenin hukuken öngörülmesi ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması sayılmıştır^[49]. Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın ikinci bölümünde düzenlenen bir temel hak olduğu için, ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara göre sınırlandırılması mümkündür.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülmüş olup, söz konusu hüküm şu şekildedir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Maddeye göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi benimsenmiştir^[50]. İdari yaptırımlar da temel hak ve özgürlüklere müdahale edebildiğinden kanunilik ilkesine uygun olarak tesis edilmelidir^[51]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırım olarak 4734 sayılı Kanun'da öngörülmüştür. Daha açık bir ifadeyle, bu yaptırımın uygulanacağı haller 4734 sayılı Kanun'da açıkça sayılmış olup, bu hallerin içinde yer almayan işlem ve eylemlere geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı uygulanamaz. Kanunda yaptırım kapsamındaki hallerin geniş yorumlanması mümkün olmadığı gibi, düzenleyici işlemler

koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz. Ancak yukarıdaki hükümler devletin, mülkiyetin genel yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek, vergiler ile diğer harç ve cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz".

- [49] Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi II. Cilt*, Ankara, Pozitif Matbaa, 2013, s.656-659.
- [50] 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki "kanunla" ifadesi TBMM tarafından kanun yapma usullerine uyularak çıkarılmayı, yani şekli anlamda kanunu ifade etmekten, Protokol'ün 1. maddesinde yer alan "hukukun öngördüğü" ifadesi, kanun ve düzenleyici işlemlerde dahi olmak üzere maddi anlamda kanunu işaret etmektedir. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 2022, s.598.
- [51] Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.59; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, *op. cit.*, s.23-37; Günday, *op. cit.*, s.235.

genişletilmesi de hukuka uygun değildir^[52]. Buna karşılık, geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin 4734 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Geçici teminatın ne kadar verileceğine ilişkin 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde bir hüküm bulunsa da bu hükümde ya da Kanun'daki herhangi bir hükümde teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu orana ilişkin değerlendirmelerin “Geçici Teminatın Gelir Kaydedilme Oranı” başlığı altında yapılmasını uygun görüyoruz.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin diğer ilkeler ise müdahalenin sebebe bağlı olması, hakkın özüne dokunmaması, ölçülü ve demokratik toplum gereklerine uygun olmasıdır^[53]. Dolayısıyla, Anayasa, kanun koyucuya geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin sınırlamaları kamu yararına yönelik, ölçülü, mülkiyet hakkının özüne dokunmayan ve demokratik toplum gereklerine uygun şekilde düzenleme görevi vermiştir.

2- Özel Kolluk İşlemi Olarak Tabi Olduğu Hukuki Sınırlar

Geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kuralların 4734 sayılı Kanun'la düzenlenmesinden sonra bu işlemin hangi ilkeler çerçevesinde idare tarafından uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir. Zira yukarıda da izah edildiği üzere geçici teminatın gelir kaydedilmesi, idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen bir idari işlemdir. Bu nedenle kolluk işlemlerinin

[52] Kanun'da idari yaptırıma ilişkin genel esaslar ve temel çerçeve belirlendikten sonra, hızlı gelişen ve değişen alanlarda toplumun gereksinimlerinin giderilmesi amacıyla yaptırıma ilişkin düzenleme yapma konusunda idareye yetki verilmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve tedbirlerin yönetmeliğe bırakılmasını Anayasa'ya aykırı görmemiştir: “Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan hızlı değişim, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeni kavramları ile bunların ihlal edilmesine sebep olan eylemlerin de aynı şekilde değişmesine ve çeşitlenerek artmasına yol açtığından, bu unsurların tamamının yasayla belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle iptali istenen kural ile idari yaptırımın kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanabileceği belirtildikten sonra, belirtilen sınırlar içinde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve uygulanacak somut tedbirlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, belirsizlik ya da yetki devri olarak nitelendirilemez”. Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E. 2008/115, K. 2011/86 Sayılı Kararı.

[53] Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *op. cit.*, s.607-633.

sınırlarına uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesi başta olmak üzere anayasal sınırlara^[54] ve yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun olarak tesis edilmelidir. Bu kapsamda, yetkili makam kanunda öngörülen sebeplerden birinin ya da birkaçının ortaya çıkması halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararını mevzuatta öngörülen şekil/usul kurallarına uygun olarak vermek zorundadır. Kolluk işlemlerinde konu unsuru kapsamında ölçülülük ilkesi önem taşımaktadır. Ölçülülük ilkesi amaç-araç arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle, idarenin amaca ulaşmak için kullandığı aracın gerekli, elverişli ve orantılı olması anlamına gelir^[55]. Gereklilik, idarenin amacına ulaşabilmesi için gerekli olan en yumuşak aracı seçmesini; elverişlilik ise seçilen bu aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder^[56]. O halde amaç, ihaleye ciddi ve yeterli isteklilerin katılmasını, isteklilerin teklifiyle bağlı kalmasını ve ihale sürecinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak olduğuna göre geçici teminatın gelir kaydedilmesi de elverişli ve gerekli bir araç olmaktadır. Ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkesi olan orantılılık ise idarenin takdir yetkisinin denetiminde önem taşımaktadır^[57]. Orantılılık denetiminde, bireyin menfaati ile kamu yararı arasında bir ölçüm yapılmakta ve bireye yüklenen yükümlüğünün katlanılamaz derecede olup olmadığı incelenmektedir^[58]. Bu noktada, gelir olarak kaydedilen teminat miktarı önem taşımaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi 4734 sayılı Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakta, ilgili düzenlemelerde sadece teminatın gelir kaydedileceği ifadesi yer almaktadır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, kolluk işlemi olmasının yanında idari yaptırım da olduğu için söz konusu oranın kanunda açıkça öngörülmesi hukuka uygun olur. Bu kapsamda, bir idari ihlal neticesinde

[54] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.545.

[55] Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002, s.36-39; Eren, *op. cit.*, s.591; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara, Seçkin, 2022, s.241.

[56] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.36-7; Eren, *op. cit.*, s.591-592.

[57] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.38; Eren, *op. cit.*, s.592.

[58] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.38. Örneğin yasadışı eylemin dağıtılması amacıyla TOMA'nın çok yakından kuvvetli su sıkması orantısızlık teşkil eder. Eren, *op. cit.*, s.592.

ölçülülük ilkesine uygun bir idari işlem tesisi için, kanunda yaptırım oranlarının mutlak değil nispi olarak belirlenmesi gerekmektedir^[59]. Böylece hem verilen zararın büyüklüğü nispetinde hem de ödeme gücü nispetinde bir yaptırım uygulanabilecektir^[60]. Zira, idareye tanınan takdir marjı içinde zararın büyüklüğü ve ödeme gücünü dikkate almadan uygulanan yaptırım karşı taraf için elverişli olmayacağı için caydırıcılık özelliği bulunmayacaktır^[61]. Geçici teminatın gelir kaydedilme oranının tespitinde de mevzuata aykırılık hallerinin ve isteklinin ödeme gücünün dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu konu ayrı başlık altında değerlendirilmektedir.

3- İdari Yaptırım Olarak Tabi Olduğu Hukuki Sınırlar

a) İdari Ceza-İdari Tedbir Ayrımı Bakımından

İdari yaptırımlara ilişkin genel kurallar 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda (5326 sayılı Kanun) yer almaktadır. Bir idari yaptırım olarak geçici teminatın gelir kaydedilmesinin 5326 sayılı Kanun'da yer alan hukuki sınırlamalara tabi olup olmadığının değerlendirilmesi de önem arz etmektedir. 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre idari yaptırımlar, idari para cezaları ve idari tedbirler olarak; idari tedbirler de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idari tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, idari para cezası değildir. Zira, idari para cezasında yetkili kişi mevzuatla yasaklanan eylemlerin yapılması halinde bu durumu tespit edip sonradan para cezası verirken, geçici teminat en baştan iade edilmek suretiyle alınmakta, ancak Kanun'da belirtilen hukuka aykırılık hallerinde gelir olarak kaydedilmektedir. Yine, bu yaptırım mülkiyet hakkıyla ilgili olsa da mülkiyetin kamuya geçirilmesi değildir^[62]. 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi için eşyanın kabahatin konusunu oluşturması

[59] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.94.

[60] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.94; Anayurt, *op. cit.*, s.242.

[61] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.95.

[62] Aziz Taşdelen, "Mali Sonuçlu Bir idari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.302; Torun, *op. cit.*, s.160.

veya kabahatin işlenmesiyle elde edilmesi gerektiği ifade edildiğinden, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin özelliği bu tanıma uymamaktadır^[63].

Ulusoy'un haklı olarak ileri sürdüğü gibi, idari yaptırımların idari cezalar ve idari tedbirler olarak iki sınıfa ayrıldıktan sonra, idari cezaların kendi içinde regülatif, kabahat ve disiplin olmak üzere üç farklı alt gruba ayrılması gerekmektedir^[64]. İdari yaptırımların idari cezalar ve idari tedbirler olarak sınıflandırılmasının hukuki sonuçları itibarıyla de önemli olduğu ifade edilmektedir^[65]. Zira, idari cezalara idari işleme ilişkin kuralların yanında ceza hukukunun "savunma alınmadan ceza verilemeyeceği", "suç ve cezaların geçmişe yürümezliği" gibi ceza hukukunun çekirdeği olarak kabul edilen ilkelerin de uygulanması gerekmektedir^[66]. Buna karşılık, idari tedbir niteli-

[63] Torun, *op. cit.*, s.161.

[64] Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha, 2013, s.11. Anayasa Mahkemesi de Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından verilen idari cezaları değerlendirdiği kararında hassas alanlara ilişkin cezaları regülatif cezalar olarak ifade etmiştir: "Özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar "regülatif cezalar" olarak ifade edilmektedir". Anayasa Mahkemesi, 07 Nisan 2016 Tarih ve E. 2015/109, K. 2016/28 Sayılı Kararı.

[65] Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.25. Danıştay da, 5326 sayılı Kanun'dan farklı olarak idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayırmaktadır: "İdari yaptırımlardan "idari cezalar" da muhatabın cezalandırılması amacı, "idari tedbirler" de ise kamu hizmetinin aksamadan ve kamu düzeninin bozulmadan işleyişine devam etme amacı ağır basmakta olup, hizmetin düzgün işlenmesini olumsuz etkileyebilecek ihlalleri engelleyici ve durdurucu nitelik taşıyanlar "idari tedbir"; idari tedbir boyutunu aşırıp tedip etme ve cezalandırma boyutuna varan yaptırımlar ise "idari ceza" olarak kabul edilmektedir". DİDDK, 08 Temmuz 2021 Tarih ve E.2021/617, K.2021/1447 Sayılı Kararı, Legalbank.

[66] Ulusoy, ceza hukukunun çekirdek ilkelerini; "soruşturma yapılması ve savunma alınması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, ihlal ile cezanın kesinleşmesi arasındaki süreçteki mevzuat değişikliklerinde lehe kanun uygulaması, suç ve cezaların kanuniliği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi, mükerrer cezalandırma yasağı (nonbis in idem ilkesi), cezalandırmada şahsılık ilkesi ve cezalarda orantılılık ve belirlilik" olarak sıralamıştır. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.48-125. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyumsuzlukta, anız yakılması nedeniyle verilen idari para cezasında masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 15 Mayıs 2018

ğinde olan yaptırımların hukuka uygunluğu idari işlemin hukuka uygunluk kriterlerine göre değerlendirilmektedir.^[67]

İdari cezalar ile idari tedbirleri birbirinden ayırt etmek kolay olmasa da nitelikleri bakımından bir sınıflandırma yapılabilir. Muhatabını “yola getirme”, “terbiye etme”, “canını acıtma” gibi cezalandırma amacı ön planda olan yaptırımlar idari ceza olarak kabul edilirken, bir ihlal neticesinde bozulan düzenin geri getirilmesini ve kamu hizmetinin düzenli bir şekilde devam etmesini sağlamaya yönelik yaptırımlar ise idari tedbir telakki edilmektedir.^[68]

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari ceza mı yoksa idari tedbir mi olduğunun tespiti, tabi olacağı hukuki rejim bakımından önem taşımaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi bu teminatın amacı mesleki ve mali yönden yeterli olan ve teklifiyle bağlı kalıp sözleşme imzalayabilecek isteklilerin ihaleye katılmasıdır. İdare bunu sağlamak için gerektiği zamanlarda zor kullanma yetkisine dayanarak tedbirler alabilir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı bir idari tedbirdir. Bu yaptırımda idare, istekliyi cezalandırmaktan ziyade, mevzuata uygun tekliflerin sunulması ve ihale sürecinin karışıklık olmadan tamamlanması amacındadır. Eğer, böyle bir tedbir öngörülmeseydi, mesleki ya da mali açıdan yeterli olmayan, ihaleye katılmaması gereken her istekli ihaleye katılabilir, sözleşme imzalamaktan kaçınabilir ya da eksik bilgi/belge sunup ihale sürecinin güven ortamı içinde düzenli bir şekilde tamamlanmasına engel olabilirdi. Bu nedenle, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, isteklilerin cezalandırılması ya da mali yönden acı çektirilmesi saikleriyle getirilmemiştir. Bununla birlikte tedbirin mali yönünün muhatap açısından cezalandırıcı nitelikte olma ihtimalini de değerlendirmek gerekir.^[69] Her ne kadar muhatabın belirli miktar parası teminat olarak kaydedilerek mali yönden zarara uğramasına neden olursa

Tarih ve 2015/19616 Başvuru Numaralı Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19616>).

[67] Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.11.

[68] *Ibid.*, s.8.

[69] Ulusoy, bozuk gıda sattığı gerekçesiyle işyeri geçici olarak kapatılan kişinin ruhsal ve mali yönden acı duyabileceğini, ancak yaptırımın amacının işyerini sahibine acı çektirmek değil, kamu sağlığının bozulmasının önlenmesini olduğunu ifade etmiştir. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.9.

da miktarın niceliği bakımından da bu yaptırımın idari tedbir olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımına ceza hukukunun çekirdek ilkelerinin uygulanmasına gerek bulunmamakta, idare hukukunun kurallarına uygunluğu açısından denetiminin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

b) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Hükümleri Bakımından

5326 sayılı Kanun'u 3. maddesinde "Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır" kuralı bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin özel kanunda bir hüküm varsa, bu hüküm; kanun yoluna ilişkin bir hüküm yoksa 5326 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca, 5326 sayılı Kanun'un kanun yolu haricindeki diğer genel hükümleri ise idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında geçerli olur. Bir başka ifadeyle, 5326 sayılı Kanun, bu Kanun'da sayılmayan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren diğer fiiller bakımından genel kanun niteliğinde olup, bunların dışındaki yaptırımlarda özel kanun hükümleri geçerli olur^[70]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi olmadığı için 5326 sayılı Kanun'un genel hükümlerine de tabi değildir. Örneğin, 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır" kuralına göre aynı eylem hem suç hem de yaptırım gerektirse de ikisi birden uygulanamayacaktır. Bu hükümde, ne bis in idem ilkesinin^[71] adli cezalar ve idari yaptırımlar bakımından uygulanması

[70] Cengiz Otacı ve Levent Korkut, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022, s.47.

[71] Ne bis in idem ilkesi, aynı eylem ve konudan dolayı, aynı kişinin iki kere yargılanmaması ve cezalandırılmaması anlamını taşıyan bir ceza hukuku ilkesidir. Bkz. Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.80; Mustafa Özen, "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s.391. Ne bis in idem ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7

gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, yukarıda izah edildiği gibi 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre bu Kanun'un genel hükümlerine tabi olmadığından 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin Türk ceza kanunlarıyla birlikte uygulaması ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir^[72]. Danıştay da ihalelere katılmaktan yasaklanan kişinin geçici teminatının da gelir kaydedilmesi halinde mükerrer cezadan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir^[73].

II. GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLDİĞİ HALLER

Geçici teminat, isteklilerin ihale süresince teklifiyle bağlı kalması, ihaleye ciddi ve mesleki, teknik, mali yönden yeterli isteklilerin katılmasını sağlama amaçlarıyla alındığı için hem idare lehine^[74] hem de ihale düzeni lehine bir koruma sağlamaktadır. Bazı durumlarda isteklinin, mevzuata ve ihale dokümanına uygun olmayan işlem ya da eylemleri nedeniyle geçici teminatı iade edilmeyip, gelir kaydedilmektedir^[75].

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, idari yaptırım olduğu için istisnai nitelikte olan geçici teminatın gelir kaydedilmesi 4734 sayılı Kanun'da tekliflerdeki ya da sunulan belgelerdeki her hatanın karşılığı olarak öngörülmemiştir. Örneğin, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olmadığı belirlenen

nolu Protokolün 4. maddesinde düzenlenmiştir. Protokol, Ülkemizde 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlke, Anayasa'da açıkça düzenlenmediğinden Anayasa Mahkemesi, ne bis in idem ilkesini, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 27 Mart 2019 Tarih ve 2018/9115 Başvurulu Numaralı Ünal Gökpınar Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115>)

[72] Torun, *op. cit.*, s.161.

[73] “Öte yandan, davacı hakkında 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verilmiş ise de; geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi işlemi, kamu cezası olarak nitelendirilemeyeceğinden mükerrer cezadan söz edilmesi mümkün değildir”. DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Karar, Legalbank.

[74] Toprak, *op. cit.*, s.294.

[75] Aksoy, *op. cit.*, s.411.

isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır. Kamu İhale Tebliği'nde aritmetik hata, birim fiyat teklif cetvellerindeki çarpma ve toplamaya ilişkin hatalar olarak belirtilmiş, ancak bu hataların elektronik araçlar yardımıyla tablolaştırma programlarındaki yazılımdan kaynaklanan hataların belirli koşullar altında resen düzeltileceği ifade edilmiştir (Kamu İhale Genel Tebliği, m. 16.5.3). Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ilk fıkrasında, teklif mektubu ve geçici teminatı usulüne uygun olmayan ya da belgeleri eksik olanların sadece tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı düzenlenmiştir. Bu durumlarda kanun koyucu geçici teminatın gelir kaydedilmesini gerekli görmemiştir^[76]. Geçici teminatın gelir kaydedileceği haller 4734 sayılı Kanun'un 10., 11., 37., 52., ve 44. maddelerinde öngörülmüştür.

A) 4734 SAYILI KANUN'UN 10. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceği hallerden ilki, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede ihaleye katılacak isteklilerden ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenecek bilgi ve belgeler Kanun'da, Kamu İhale Genel Tebliği'nde ve ihale yönetmeliklerinde sıralanmıştır. Bunların içinden Kamu İhale Kurumu'nun belirleyeceği bazı belgeler taahhütname olarak sunulabilecektir. Kamu İhale Kurumu'nun taahhütname olarak sunulmasına izin verdiği belgelere ilişkin gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunan istekli, ihale dışı bırakılarak isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmektedir.

Aynı şekilde, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgeler, sözleşme imzalanmadan önce verilmez ise, istekli ihale dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilmektedir.

O halde, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde iki ihtimal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütnamenin sunulmasıdır.

[76] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesini son fıkrasında yer alan "ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir" kuralı gereğince, 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyen ihaleler bakımından bu kanunun 58.-61. maddelerinde yer alan ceza ve yasaklama hükümleri uygulanmaz. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi bir idari yaptırım olarak bu maddeler arasında sayılmadığı için istisna kapsamındaki ihalelere uygulanmaz. Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit., s.983.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.6.3. maddesinde de ifade edildiği gibi örneğin, sosyal güvenlik borcu olduğu halde olmadığına ilişkin taahhütname verilmesi durumunda, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilerek teklifi değerlendirme dışı bırakılır, ancak hakkında yasaklama kararı verilmez. 10. maddede yer alan ikinci ihtimalde ise ihale üzerine kalan isteklinin taahhüt altına aldığı durumların ispatına ilişkin belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesidir. Bir başka açıdan, ikinci durumda ihale kararından sonra isteklinin kusuru nedeniyle (mücbir sebep halleri dışında) sözleşmenin yapılamaması söz konusudur. Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 44. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmakta, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilerek hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmektedir. Nitekim, Kamu İhale Tebliği'nin 17.6.4 maddesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

B) 4734 SAYILI KANUN'UN 11. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin ikinci düzenleme, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin^[77] son fıkrasında şu şekilde yer almaktadır: “Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici

[77] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.11: “Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri.
- f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir". 11. maddede doğrudan, dolaylı ya da alt yüklenici olarak ihaleye katılamayacak olan kişiler açıkça sayılmıştır. Bu yasağa rağmen katılanlar, değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. İhale, yasaklı bir kişinin üzerine bırakılmış ise yine geçici teminat gelir kaydedilerek ihale iptal edilmektedir^[78].

C) 4734 SAYILI KANUN'UN 37. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceği üçüncü düzenleme 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinde yer almaktadır^[79]. İhale komisyonu, teklifleri

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir". Benzer şekilde, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.7. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır.

[78] Bu durumun sözleşme imzalandıktan sonra fark edilmesi ihtimali ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. İhale üzerine kalan kişi, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında yasaklı olduğu halde kendisiyle sözleşme yapılmış ise, geçici teminatı geri verilir. Ancak, yasaklı olduğu sözleşme imzalandıktan sonra fark edildiğinde 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre istisnai durumlar hariç kesin teminatı gelir kaydedilerek, sözleşme feshedilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir.

[79] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Madde 37: "İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını

aldıktan sonra ihale günü hazır bulunanlar önünde teklif zarflarını açar ve geçici teminat da dahil olmak üzere belgelerin usulüne uygun olup olmadığını kontrol ederek oturumu sonlandırır. Daha sonra ihale komisyonu tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, ilk oturumda eksik ya da usulüne uygun olmayan belgesi olanları değerlendirme dışı bırakır. Belge eksikliğinin olduğu durumlarda geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını öngörülmemiştir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'un 2. fıkrasında da ifade edildiği gibi sunulan belgelerde teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikte bilgi eksikliği olanlara bu eksikliği tamamlamaları için süre verilir. Belirlenen sürede eksiklik tamamlanmaz ise, değerlendirme dışı bırakılan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Maddede teklifin esasını değiştirmeyen bilgi eksikliği tamamlanabilecek bir eksiklik olarak öngörüldüğü için, belge eksikliği durumunda

isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36'ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterli kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır". Aynı durum, 4734 sayılı Kanun'un 52. maddesinde de yer almaktadır. Danışmanlık hizmet ihaleleriyle ilgili olan bu maddenin beşinci fıkrası şu şekildedir: "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle isteklilerin teknik değerlendirmeye esas bütün belgelerinin ihale dokümanında istenilen şartlara uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği incelenir. Belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde, idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede eksik bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir".

süre verilmeyip başvuru değerlendirme dışı bırakılmaktadır^[80]. Örneğin, Danıştay'ın bir kararında, iş bitirme belgesinde iş tutarı ve sözleşme bedelinin gösterilmesinden dolayı ilk sözleşme bedeli ve toplam sözleşme tutarının boş bırakılmasının bilgi eksikliği olduğu kabul edilmiştir^[81]. İsteklinin dosyasındaki teklifin esasını etkilemeyen bilgi eksikliğinin tamamlanabilmesi için dosyadaki diğer bilgi ve belgelerde eksikliğin olduğu konuya ilişkin asli hususların yer alması gerekmektedir^[82]. Nitekim Danıştay, standart bir form olan anahtar teknik personel listesinin sunulmamış olmasını, bu personele ilişkin dosyada gerekli bilgilerin yer alması nedeniyle tamamlanabilecek bilgi eksikliği olarak kabul etmiştir^[83].

[80] Toprak, *op. cit.*, s.318.

[81] “diğer taraftan, davacı şirkete ait 08/01/2014 tarihli iş bitirme belgesinde, “İdarenin adı: Mersin Devlet Hastanesi, İşin konusu: Tıbbi Atıkları Alınması, Taşınması ve Sterilize Edilmesi” olarak belirtildiği, gerçekleştirilen iş tutarı ve sözleşme bedelinin 644.655,90-TL olarak gösterildiği, ilk sözleşme bedeli ve toplam sözleşme tutarı kısmının ise boş bırakıldığı, bu nedenle boş bırakılan kısımlara ilişkin olarak bilgi eksikliğinin tamamlanması isteminde bulunulabileceği, eksikliğin yazıda belirtilen 28/01/2014 tarihinde kadar giderilmesi gerektiği” Danıştay On Üçüncü Dairesi, 18 Şubat 2021 Tarih ve E. 2015/942, K.2021/539 Sayılı Karar, Legalbank.

[82] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 08 Ekim 2012 Tarih ve E. 2012/2116, K. 2012/2363 Sayılı Karar, Lexpera.

[83] “davacı şirketin “Anahtar Teknik Personel Listesini (Standart Form KTB 31/U)” sunmadığı gerekçesi ile teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işlem ile ihalenin Alay İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’ne verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce; uyumsuzluğun çözümlenebilmesi için davacının sunmadığı “Anahtar teknik personel listesi”nin niteliğinin ortaya konulması gerektiği, belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilen uygulama işlerinde uygulanacak tip idari şartnamenin ve davalı idare tarafından hazırlanan standart formun incelenmesinden, bu belgenin ihaleye katılan isteklilerin ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde bulunan en az 5 yıl deneyimli anahtar teknik personel niteliğinde mimar çalıştırdıklarını belgelendirmeye yönelik bir belge olduğunun görüldüğü, öte yandan, davacı tarafından ihaleye katılım aşamasında sunulan “Anahtar teknik personel niteliğindeki personel listesi” ile “Anahtar teknik personel beyannamesi”nin, “Anahtar teknik personel listesi”nde aranan bilgileri (Adı soyadı/Unvan/Toplam Deneyimi/Yıl) kapsadığı, davacı istekli tarafından ismi verilen mimarın 26.11.1982 gününden başlayarak üye olduğu bilgisini içeren TMMOB Mimarlar Odası Üye Tanıtım Belgesinin, ... tarihli Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yüksek Lisans diplomasının, ... tarihli Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin ve

Buna karşılık, dosyada bulunması gereken zorunlu belgelerin sunulmaması hali bilgi değil belge eksikliği olarak değerlendirilmekte ve teklif değerlendirme dışı bırakılmaktadır. Belge eksikliği halinde isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmemektedir. Danıştay, bir olayda, ihaleye katılan iş ortaklığınca ihale teklif dosyasında sunulan Ticaret Sicili Gazetesi'nde ortakların hisse oranları ve T.C. kimlik numaralarının yer almadığından, ortaklığın teklifini değerlendirme dışı bırakmıştır. İdare mahkemesi, bunu bilgi eksikliği olarak değerlendirse de Danıştay, mevzuat hükümlerinden (4734 sayılı Kanun m.10, Hizmet Alımı İhaleleri Yönetmeliği m. 31) yola çıkarak ihaleye katılan tüzel kişinin ilgililerinin kimler olduğunu gösteren belgelerin ve tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının zorunlu olduğunu belirterek idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir^[84]. Ayrıca, bilgi eksikliğiyle ortada

11.06.2007 tarihli İmza Sirkülerinin de bu bilgileri tevsik ettiği, bu durumda; davacı tarafından “Anahtar teknik personel listesi” sunulmamış olsa da sunulan diğer bilgi ve belgelerden ihale kapsamında ismi verilen mimarın, ihale tarihinden önce ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde çalıştığı, en az 5 yıl deneyimi bulunduğunun açıkça anlaşılması nedeniyle anılan belgenin sunulmamış olmasının esasa etkili bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği, ihale mevzuatı gereğince belgelerdeki esasa etkili olmayan bilgi eksikliklerinin sonradan tamamlanabileceği karşısında, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle gerçekleştirilen dava konusu ihale işleminde mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı,” Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/923, K 2017/1830 Sayılı Karar, Legalkbank.

- [84] “Aktarılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, ihaleye katılanların tüzel kişi olması hâlinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının istendiği; bu kapsamda şirketler, dernekler ve vakıflar arasında ayrıma gidilerek, bunlar arasındaki farkın ortaya konulabilmesi amacıyla “ilgili” kelimesinin vurgulandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mevcut düzenlemeye göre, ihaleye katılan tüzel kişi “şirket” olduğunda ortaklarının, “dernek” olduğunda üyelerinin, “vakıf” olması durumunda ise üyelerinin ve kurucularının kimler olduğunu gösterir belgeler ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının zorunlu olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicili Gazetesi'nde bulunmaması hâlinde, bu bilgilerin tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicili Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirkülerinin istenilmesine ilişkin düzenlemeyle anılan belgelerin tek seferde teklif dosyası kapsamında sunulmasına önem verildiği; bu hususun ihalelere katılım ve yasak fiil veya davranışlarda bulunulması hâlinde yaptırım uygulanacak kişilerin tespiti açısından önem arz ettiği görülmektedir.

bir bilginin bulunmaması kastedilmekte, var olan bilginin yanlış olması bu kapsamda değerlendirilmemektedir^[85].

4734 sayılı Kanun'un danışmanlık hizmet ihaleleri ile ilgili özel hükümlerin yer aldığı beşinci bölüm 52. maddede, danışmanlık hizmet ihalelerinde de bilgi eksikliğini belirlenen sürede tamamlamayan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği öngörülmüştür.

İsteklilerden yazılı açıklama istenebilecek bir diğer durum da 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenen aşırı düşük teklifin tespit edilmesidir. İhale komisyonu, aşırı düşük olduğunu tespit ettiği teklifleri reddetmeden önce, istekliklerden yazılı açıklama istemekte, açıklamada bulunmayan ya da açıklamaları yeterli görülmeyen isteklilerin tekliflerini reddetmektedir. Ancak bu durumda Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin

Bununla birlikte, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 31. maddesinin yedinci fıkrasında yer verilen düzenlemenin ihaleye katılım ve yeterlik kriterlerine ilişkin sunulması istenen belgeleri teklif ekinde sunma zorunluluğundan isteklikleri muaf tutmadığı, söz konusu düzenlemenin belgelerin sunulmuş şekline ilişkin şartların aranmamasına yönelik olduğu, bir başka anlatımla, belgelerin sunulmuş şekline ilişkin olarak belgenin aslının yahut noter onaylı suretinin sunulması veya "aslı idarece görülmüştür" gibi ibarelere ilişkin şekli şartları ilgilendiren bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacı iş ortaklığı tarafından teklif ekinde sunulan 16/01/2018 tarih ve 9495 sayılı Ticaret Sicili Gazetesinde özel ortağın ortaklık yapısına veya ortaklarına ilişkin herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşıldığından, davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır". Danıştay On Üçüncü Dairesi, 21 Şubat 2019 Tarih ve E. 2018/4070, K. 2019/497 Sayılı Karar, Legalbank. Aynı şekilde Danıştay, cihazlara ilişkin orijinal yabancı dildeki dokümanların yanında Türkçe onaylı tercümelemlerin de verilmesi gerektiğini, CD ortamında sunulan Türkçe kullanım kılavuzunun bilgi eksikliği değil, onaylı tercüme olmadığı için belge eksikliği olduğu sonucuna ulaşmıştır. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Karardan nakleden Toprak, *op. cit.*, s.319. Aynı yönde bir başka karar için bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 30 Eylül 2009 Tarih ve E.2009/4856, K 2009/8839 Sayılı Karar, Legalbank.

[85] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 22 Kasım 2017 Tarih ve E. 2017/2180, K. 2017/3246 Sayılı Karar; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Karardan nakleden Toprak, *op. cit.*, s.318.

bir kural bulunmamaktadır. Bilgi eksikliği ile paralel olarak, aşırı düşük teklif sorgulamasına cevap vermeyen isteklinin de geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin kanunda düzenleme yapılması gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir^[86].

D) 4734 SAYILI KANUN'UN 44. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 44. maddesinde^[87] geçici teminatın gelir kaydedileceği son düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, ihale üzerinde bırakılan istekli kesin teminatı vererek idareyle sözleşme imzalamak zorundadır. İstekli, sözleşme imzalamaz ise, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Aynı kural, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi bakımından da geçerlidir. İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması halinde, idare ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyle sözleşme imzalayabilir. İkinci teklif sahibinin de sözleşme imzalamaması halinde, geçici teminatı gelir kaydedilir.

[86] Torun, *op. cit.*, s.165.

[87] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 44: “İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43'üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. ... Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir”. 4734 sayılı Kanun'un Danışmanlık hizmet ihalelerine ilişkin 52. maddesinde de aynı kural bulunmaktadır: “Yapılan görüşmede anlaşma sağlandığı halde ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, idarece geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda, teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, ikinci en yüksek toplam puana sahip istekli ile de görüşme yapmak suretiyle sözleşme imzalanır. İkinci isteklinin sözleşme imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, idarece geçici teminatı gelir kaydedilir”.

E) 4734 SAYILI KANUN'UN 17. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNAT GELİR KAYDEDİLMELİ MİDİR?

Geçici teminatın gelir kaydedileceği bu hallerin üçünde (m.10, m.37 ve m.44), isteklinin kendisinin ve teklifinin ihale sürecine devam edebilecek nitelikte olmasına rağmen, bazı eksiklikleri ya da hataları nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ya da sözleşmenin imzalanmaması söz konusudur. Bir başka ifadeyle, bu durumlarda isteklinin ihalenin en başından bu sürece hukuka aykırı bir şekilde katılmadığı varsayılabilmektedir. Buna karşılık, teminatın gelir kaydedildiği bir diğer hal olan 11. maddede ihaleye katılması kanunla doğrudan yasaklanan kişiler yer almaktadır. Oysa, bir diğer yasaklama sebebi olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ihale sürecinde yasaklanan fiil ve davranışlar sayılmıştır^[88]. Maddenin son fıkrasında, madde metninde yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında 4734 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun'un Dördüncü Kısımında ise "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlığı altında ihaleden yasaklama hükümleri yer almaktadır. İlgili hükümlerde de yasak fiil ve davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin bir düzenleme ya da buna ilişkin

[88] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 17: "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır". Bu davranışlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, İhale Hukukunda Çalışma, op. cit., s.168-172.

atıf bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasak fiil ve davranışlarda bulunanların teminatlarının gelir kaydedilemeyeceği ileri sürülmektedir^[89].

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Teminatların Gelir Kaydedilmesi" başlıklı 28. maddesinde ise (28.1.8.) ihale veya son başvuru tarihinden önce ve sonra hakkında yasaklama kararı verilmiş olanlar bakımından bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, ihale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete 'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak, geçici teminatlarının iade edileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, ihale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında yasaklama kararı bulunan aday veya isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilebilecektir.

Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre, teklif sunduğu ihalede, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesince yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunan hakkında yaptırım olarak sadece yasaklama kararı verilebilir, ancak bunun geçici teminatlarının iade edilmesi gerekir. Buna karşılık, daha önce 17. madde kapsamındaki fiil ve davranışlarda bulunan hakkında yasaklama kararı verilmesine ve Resmî Gazetede yayınlanmasına rağmen ihaleye teklif sunan isteklinin geçici teminatı 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin a bendi^[90] uyarınca gelir kaydedilir. Zira, a bendinde geçici veya sürekli olarak idarelerce

[89] Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri op. cit., s.982; Aksoy, op. cit., s.413. Nitekim, Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır: "... 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışta bulunanlar hakkında yasaklama yaptırımı uygulanacağına açıkça düzenlendiği görülmektedir. Ancak, anılan Kanun'un 17'nci maddesinin (c) bendi kapsamında sayılan fiil veya davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının irat kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, başvuru sahibi tarafından sunulan geçici teminat mektubu tutarının gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin mevzuata uygun olmadığı, bu çerçevede adı geçen isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve söz konusu geçici teminatın iade edilmesi yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır". Kamu İhale Kurulu, 25 Temmuz 2014 Tarih ve 2014/051 Toplantı ve 2014/ UH.II-2763 Karar Numaralı Karar (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>).

[90] "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren

veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihaleye katılması açıkça yasaklanmış ve buna rağmen teklif sunulması halinde geçici teminatın gelir kaydedileceği öngörülmüştür. 11. maddenin a bendinde yer alan “idarelerce” ifadesi, yasak davranışta bulunduğu ihalenin sahibi idareyi kapsasa da Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre yasaklama kararının Resmî Gazete 'de yayım tarihinden önce teklif verdiği için geçici teminatı iade edilecektir^[91].

Aynı şekilde, teklif sunduğu ihalede 17. madde kapsamında yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceğine ilişkin bir kuralın madde metninde açıkça öngörülmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira, söz konusu yasak fiil ve davranışlar, 4734 sayılı Kanun'un 10., 37. ve 44. maddelerinde düzenlenen fiiller bakımından daha ağır, 11. maddesindeki bakımından da neredeyse eşdeğer ağırlıkta bir ihlal teşkil ettiğinden, önemli bir kolluk yetkisi olan teminatın gelir kaydedilmesinin 17. madde kapsamında da uygulanması ihale düzeni bakımından da önem taşımaktadır^[92]. Nitekim, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleye katılan ve aralarında ihale üzerinde kalan isteklinin de olduğu altı isteklinin idareye sahte beyanda bulunduğu tespit edilip, ihalenin iptal edildiği olaya^[93] ilişkin geçici teminatın gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği hususuna dair Danıştay Birinci Dairesi'nin görüşünde yer alan,

suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar,”

[91] Kamu İhale Genel Tebliği'nde teklifin, yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayımı tarihinden önce ve sonra olarak ayrı değerlendirmesinin nedeni, hakkında yasaklama kararı verilen isteklinin bu durumu ancak Resmi Gazete'de yayımı ile öğrenebileceği içindir. Zira ihaleden yasaklama kararları 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereğince Resmî Gazete'de yayımlanmakta, istekliye ayrıca tebliğ edilmemektedir. Yasaklama kararı Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin a bendi kapsamında ihaleye katılamayacak kişiler arasına girmektedir.

[92] Kesin teminat ile geçici teminatın hukuki niteliği farklı olmakla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinde sözleşme öncesinde yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmenin feshedileceği ve kesin teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir.

[93] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit., s.989.

Bu aşamada müteahhit, kesin teminat vermeyip, sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulunsa idi, geçici teminatın irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacaktı... İdare anılan müteahhidin, daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunu belirleyip, ihaleyi fesh etmiştir. Bu ihaleyi bozmakta, idarenin haklı bir nedeni varsa ki vardır, geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı da oluşmuştur^[94]

ifadelerinde, sözleşme imzalamayan istekli ile yasak fiillerde bulunduğu için sözleşme imzalanamayan istekli arasında teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı bakımından ayırım yapılması isabetli bulunmamıştır. Danıştay'ın bu görüşü neticesinde geçici teminat gelir kaydedilse de Danıştay Onuncu Dairesince bunun hukuka aykırı olduğuna karar verilmiş, ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) kararı bozmuştur^[95]. Danıştay Birinci Dairesi ve DİDDK, ihaleye katılan ve ihale üzerinde kalan isteklinin, sözleşme imzalanmamasındaki payını göz önünde bulundurarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerektiği sonucuna varmışlardır.

[94] Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Karar, Legalbank. Danıştay Birinci Dairesi, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin Borçlar Kanunu kapsamında sözleşme serbestine ilişkin bir cezai şart olduğunu ifade etmiştir. Oysa, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, ihale düzeninin korumak ve sağlamak amacıyla idareye verilmiş bir kolluk yetkisidir. Dolayısıyla kanuni bir dayanağı olmadan uygulanamaz.

[95] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.991. Nitekim, DİDDK'nun gerekçesi de Sezginer'in ifade ettiği gibi Danıştay Birinci Dairesinin gerekçesinin aynısıdır. "Dava konusu olayda, firmalardan geçici teminat alınmış ve ihale sonuçlandırılarak müteahhidin davacı şirket olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada davacı şirket, kesin teminat vermeyip, sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulunsa idi, geçici teminatın irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacaktı. Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek olduğuna göre, idarenin davacı şirketin kötü niyetini işin hemen başında saptayıp ihaleyi fesh etmesini, müteahhidin imzadan kaçınmasından daha az bir yaptırımla karşılaşacağını, ihaleyi kazanamayan isteklilerle bir tutulup teminat mektubunun iade edilmesini kabul etmeye hukuken imkan bulunmamaktadır.

Davalı idarece, davacı şirketin daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunun belirlenip haklı bir nedene dayanarak ihaleyi fesh etmesi üzerine geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı olduğundan, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir". DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Karar, Legalbank.

Sezginer, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin bir idari yaptırım olduğu için kanunda açıkça düzenlemesi gerektiğini ve somut olaya ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından geçici teminatın gelir kaydedilmemesi gerektiği kanaatinde^[96]. Danıştay'ın isteklinin davranışı nedeniyle idarenin ihaleyi haklı olarak feshetmesi ve geçici teminatın gelir kaydedilmesine hakkı olduğunu ifade etmesi eleştiriye açıktır. Zira, idare ihale üzerinde kalan isteklinin ve ekonomik açıdan en avantajlı olan ikinci isteklinin belge eksikliği nedeniyle de değerlendirme dışı bırakılmasına karar verdikten sonra ihaleyi iptal edebilir. Bu durumda, kanunkoyucu, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde belge eksikliği nedeniyle geçici teminatın gelir kaydedilmesini öngörmemiştir. Mevzuata aykırı olan her teklif idare bakımından haklı iptal nedeni olabilir ki, isteklilerin tekliflerinin usulüne uygun olduğu durumlar da dahi rekabet ilkesinin ihlal edilmemesi için idareler haklı olarak ihaleyi iptal edebilmektedir. Dolayısıyla, *Sezginer*'in de belirttiği gibi kanunda açık bir düzenleme olmadığı için somut olayda da geçici teminatın iade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında da geçici teminatlarının gelir kaydedilmesinin yukarıda izah ettiğimiz gibi kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. 17. madde kapsamında hem yasaklama kararı verilmesi hem de geçici teminatın gelir kaydedilmesi ne bis in idem ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira, ihalelerden yasaklama bir idari ceza olmakla birlikte, teminatın gelir kaydedilmesi idari bir tedbir olduğundan aynı fiile iki farklı ceza uygulaması olarak kabul edilmemektedir.

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi^[97] uyarınca haklarında kamu davası açılanlar hakkında da ihaleden yasaklama kararı verilmektedir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'un 11' inci maddesinin ilk fıkrasının a bendinde "*idarelerce*

[96] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri op. cit.*, s.992.

[97] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 59: "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar” ifadesi olduğu için, haklarında kamu davası açılanlar henüz bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinden bunların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi gerekmektedir^[98].

III. GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLME ORANI

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33. maddesinde geçici teminatın asgari oranı, 10., 11., 37. ve 44. maddelerinde de geçici teminatın gelir kaydedileceği haller açıkça öngörülmüştür. Buna karşılık, 4734 sayılı Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, teklif ettikleri bedelin %3'ünden fazla teminat yatan isteklilerin, geçici teminatları gelir olarak kaydedilirken fazla olan kısmın da dahil edilip edilmeyeceği konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir”.

[98] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.979, dipnot 356; Sezer, Kalkan ve Şahin, *op. cit.*, s.333. Nitekim, bu durum Kamu İhale Genel Tebliği'nde ifade edilmiştir: (28.1.9.3.) “6359 sayılı Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiş olduğundan, bu Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle hakkında kamu davası açılanlar söz konusu bent kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılamayacakları hüküm altına alınmış olup, Kanun değişikliği bu kuralla ilgili olmadığından; haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu yasağa rağmen ihaleye katılmış olunması halinde, bu durumda olan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir”.

Konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu kararlarına baktığımızda, Kurul isteklilerin tekliflerinin gizli kalması amacıyla asgari tutarın üzerindeki oranın istekliye iade edilmesi gerektiği görüşündedir. Bu çerçevede, sözleşmenin imzalanmaması nedeniyle geçici teminatın asgari oranının üzerindeki tutarın da gelir kaydedildiği bir uyumsuzlukta;

“Kamu İhale Kurulu Kararının davacı şirketin gelir kaydedilen geçici teminatın asgari oranına yönelik ikinci iddiasına ilişkin kısmı incelendiğinde ise; Yukarıda yer alan 4734 sayılı Kanun’un 33. Maddesinin gerekçesinde, anılan madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat verebilmelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğunun belirtildiği, ihaleye teklif sunana isteklilerin, tekliflerinin %3”ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla %3’ünden daha fazla da geçici teminat sunabilecekleri, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda ise, isteklinin geçici teminat miktarının sadece %3’ünün irat kaydedilebileceği, %3’ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı şirketin teklif bedelinin 4.055.350,00 TL olduğu, mevzuat hükümleri ve İdari Şartname düzenlemesi uyarınca asgari 121.660,50 TL değerinde geçici teminat vermesi gerektiği, davacı şirketin ise teklif dosyasında 150.000,00 TL tutarlı geçici teminat mektubu sunduğu görülmektedir.

Bu durumda, ihale tarihinden sonra sözleşme imzalamaktan kaçınan davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi yerinde olmakla birlikte, teklif tutarının %3’ü aşan kısmının iade edilmesi gerekmekte iken, geçici teminat olarak sunulan tutarın tamamının gelir kaydedilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır”

şeklinde karar vermiştir^[99].

Gerçeğe aykırı taahhütname sunulması nedeniyle geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin uyumsuzlukta Kamu İhale Kurulu, %3’ün üzerindeki kısmın istekliye iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir:

[99] Kamu İhale Kurulu, 17 Aralık 2014 Tarih ve 2014/082 Toplantı ve 2014/MK-573 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>). Aynı yönde bkz. Kamu İhale Kurulu, 12 Mart 2014 Tarih ve 2014/020 Toplantı ve 2014/MK-104 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).

“Uyuşmazlık konusu olayda, davacı şirket tarafından söz konusu “3 Grup Tulum (Bahçıvan ve İş Tulumu) Kumaşı” ihalesi ortak girişim uhdesinde kaldığı ve ihaleye katılım aşamasında kesinleşmiş vergi borcu bulunmadığını taahhüt etmesine rağmen vergi borcu bulunduğu tespit edilen davacının ekonomik açıdan en avantajlı teklif verip vermediği, ihalenin üzerinde kalıp kalmadığı hususlarına bakılmaksızın gerçeğe aykırı olarak taahhütname sunması davacının ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesini gerektirmekte olup davacının ihale aşamasında vergi borcu bulunduğu hususunda tereddüt bulunmadığından ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi hukuka uygundur.

...

Ancak; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33 üncü maddesinde, isteklilerin teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere geçici teminat verecekleri belirtilmiş olup, Kanunkoyucu tarafından geçici teminatın alt sınırı %3 olarak belirtilip üst sınır getirmemesi veya %3 gibi sabit bir değer esas alınmamasındaki amaç; isteklilerin vermiş oldukları tekliflerin sunmuş oldukları geçici teminat miktarı esas alınmak suretiyle hesaplanmasına engel olmak olduğundan %3'lük değer çok üzerinde yatırılan geçici teminatların irad kaydedilmesi durumunda isteklinin sunmuş olduğu teklifin %3'ü esas alınarak bu kısmın irad kaydedilmesi gerekmektedir. ... 2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, teklifin %3'ünü aşan geçici teminatın iade edilmesi gerekirken geçici teminatın tamamının irad kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğuna, oybirliği ile karar verildi”.^[100]

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi'nin 2020 yılında verdiği bir kararında da geçici teminatın asgari oranın üzerindeki tutarının istekliye iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır:

“4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “İhaleye katılımı yeterlik kuralları” başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkranın; (d) bendi ile “Geçici Teminat” başlıklı 33. maddesi ve “Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu” başlıklı 44. maddesinde herhangi bir teklifin reddedilmesi, sözleşme imzalanmaması v.b. durumlarda isteklilerce yatırılan geçici teminatın irat kaydedilmesi gereken

[100] Kamu İhale Kurulu, 06 Temmuz 2009 Tarih ve 2009/057 Toplantı ve 2009/MK-99 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>). Aynı yönde bkz. Kamu İhale Kurulu, 23 Ağustos 2019 Tarih ve 2019/039 Toplantı ve 2019/MK-285 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).

kısının belirlenmesi yöntemi ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmediği gibi özellikle kısmî teklif verilmesi mümkün olan hallerde, ihaleyi yapan idarenin irat kayıt işlemi sırasında hangi değeri esas alacağı konusunda açık bir kural da getirilmemekle birlikte, ihalenin yalnızca bir kısmı üzerinde kalmak suretiyle uhdesine aldığı kısım kadar mükellefiyet üstlenen isteklilerin durumu değerlendirilirken, sorumluluğu altında olan kısmın gözönüne alınması gerekirken iken, yüklendiği miktardan daha fazla bir oran esas alınarak, teminatın tamamının irat kaydedilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağını açık olduğu, uyumsuzlukta, ihaleye teklif veren ve sözleşme imzalayacak aşamaya gelen davacının ihale için davalı idareye vermiş olduğu geçici teminat tutarının, iş için teklif ettiği bedelin %3'ünden fazla olduğu, teklif edilen bedelin % 3'ünün asgari had olarak yatırılması yeterli olduğu halde, davacı tarafından geçici teminatın bu asgari haddin üzerinde verildiği görülmekte olup, isteklileri asgari had üzerinde ödeme yapmaya zorlayan bir düzenlemenin bulunmadığı, ihaleye esas idari şartnamede geçici teminatın teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak şartıyla istekli tarafından serbestçe belirleneceğinin belirtildiği dikkate alındığında, fazladan yatırılan miktarın davacının serbest iradesi ile ödenmiş olduğu, bu durumda; davacının, ihalenin kendisi üzerinde kalan kısmına ilişkin olarak sözleşme imzalama aşamasında 8.128,56-TL vergi borcu bulunduğunun tespit edilmesi nedeniyle, davacıyla sözleşme imzalanmadığından, ihalenin üzerinde kalan kısmı için %3 oranında geçici teminatın irat kaydedilmesi gerekirken, tüm kısımlara yönelik verdiği 120.000,00-TL tutarındaki geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı,^[101]

Danıştay da 2014 yılında verdiği bir kararında isteklinin %3'ten fazla verilen geçici teminatının fazla kısmının iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır:

“İhale hukukuna dair temel kurallar öngören 4734 Sayılı Kamu ihale Kanunu'nun «Geçici teminat» başlıklı 33. maddesinin gerekçesinde, madde ile geçici teminatın asgari oranının % 3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanımak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Bu durumda; ihaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin % 3'ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla % 3'ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak, geçici teminatın

[101] Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi, 30 Eylül 2020 Tarih ve E. 2020/833, K.2020/1067 Sayılı Karar, Lexpera.

irat kaydedilmesi durumunda, isteklinin geçici teminat miktarının sadece % 3'ünün irat kaydedilmesi, % 3'ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; uyuşmazlığa konu ihalede davacının sunduğu teklifin 1.283.941,00 TL olduğu, teklifin % 3'lük kısmına tekabül ederi tutar 38,518,23 TL olmasına rağmen davacı tarafından sunulan 100.000,00 TL'lik geçici tamirat mektubunun nakde dönüştürülerek irat kaydedildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; sözleşmeye davet edilen, ancak karar ve sözleşme damga vergisinin yatırıldığına dair dekontu ibraz etmediği, şirket müdür ve ortaklarının ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı mahkumiyet kararı olup olmadığına dair belgeyi sunmadığı, sunduğu sosyal güvenlik prim borcu olmadığına dair belgenin ihale tarihi itibarıyla olmadığı ve daha sonra idarece yapılan araştırma neticesinde de ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunduğu anlaşılan davacı şirketin geçici, teminatının irat kaydedilmesi yerinde olmakla birlikte; teklif tutarının % 3'ünü aşan kısmının iade edilmesi gerekmekte olup, geçici teminat olarak sunulan tutarın tamamının gelir kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bu kısmının bozulması gerekmektedir^[102].

Danıştay, geçici teminatın asgari oranın %3 olarak belirlenmesinin isteklilerin tekliflerinin gizlenmesi amacına yönelik olduğunu, bu nedenle %3'ten fazla olan kısmın iade edilmesi gerektiğini ifade etmektedir^[103]. Nitekim 4734

[102] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Haziran 2014 Tarih ve E. 2009/4962 K. 2014/2524 Sayılı Kararı, Legalbank.

[103] Örneğin, "Yukarıda yer alan 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde ise, madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanımak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. İhaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin %3'ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla %3'ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda ise, isteklinin geçici teminat miktarının sadece %3'ünün irat kaydedilmesi, %3'ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerekmektedir". Danıştay On Üçüncü Dairesi, 13 Kasım 2013 Tarih ve E. 2013/1642, K. 2013/2994 Sayılı Karar, Legalbank. Aynı yönde bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Aralık 2020 Tarih ve E. 2015/2937, K. 2020/3743 Sayılı Karar, Legalbank; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 03 Şubat 2015 Tarih ve E. 2014/5089, K. 2015/334 Sayılı Karar, Legalbank.

sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde de %3 asgari oranın belirlenmesinin amacının teklifleri gizlemek olduğu ifade edilmiştir^[104]. Buna karşılık, Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarında muhalif kalan üye/üyeler, kanunda iade edilecek tutarı sınırlayıcı bir hüküm olmadığı için teminatın fazla olan kısmının iade edilmesine katılmadığını/katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Örneğin, teklifin %3'den fazla olan kısmının gelir kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar veren idare mahkemesi^[105] kararını onayan Danıştay On Üçüncü Dairesi'nin 26.01.2021 tarih, 2015/133 Esas ve 2021/293 Karar numaralı kararındaki karşı oy değerlendirmeleri şu şekildedir:

“Uyuşmazlık konusu olayda, ihale tarihinden sonra sözleşme imzalanmadan önce kendi kusuru ile ihalelere katılmaktan yasaklı hâle gelerek, idarenin sözleşme imzalama iradesini ortaya koymasına rağmen, sözleşme imzalamaktan kaçınan davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi hukuka uygun olup, anılan yasal mevzuat çerçevesinde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı ve geçici teminatın irat kaydedileceği durumlar arasında sayılan 44. maddede ise, sözleşme imzalamak üzere davet edilmesine rağmen, süresinde sözleşme imzalamaya gelinmediği takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği belirtilerek, gelir kaydedilecek miktar için bir sınırlama yapılmadığından, dava konusu işlemin iptali

[104] “geçici teminatın asgari oranı % 3 olarak belirlenmekte ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esası korunmaktadır”. [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), s.68, (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2023).

[105] “İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirket üzerinde kalan uyuşmazlık konusu ihalede davacı şirketin teklifinin %3'üne karşılık gelen 20.184,00-TL'yi aşar nitelikte 50.000,00-TL geçici teminat mektubunu sunduğu, sözleşme imzalamayan davacı şirketin vermiş olduğu geçici teminat mektubunun tamamının irat kaydedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı; ilgili mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde, teklif bedelini karşılayacak şekilde düzenlenmiş geçici teminat mektubu sunan davacı şirketin, teklif tutarının %3'üne karşılık gelen geçici teminat tutarının irat kaydedilmesi gerekirken sunmuş olduğu geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesi gerektiği yönündeki dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank.

yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozularak davanın reddine karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum”.^[106]

- [106] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank. Sayıştay ise Danıştay’dan farklı olarak 2017 yılındaki kararında 4734 sayılı Kanun’da geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin bir oran belirtilmediği gerekçesiyle %3’ten fazla olan tutarın iade edilmesinin kamu zararına yol açtığı sonucuna ulaşmıştır. “Kanunun 10. maddesinde, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsiik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmemiş, sadece ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatından söz edilmiştir. Öte yandan Kanunun 44. maddesinde, ihale üzerinde kalan isteklinin 42 ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorunda olduğu, sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminatın iade edileceği, bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, yine geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmemiş, sadece ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatından söz edilmiştir. İhale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı da Kanunun 33. maddesi gereğince asgari % 3 olmak üzere istekli tarafından kendi iradesi dâhilinde verilmiş olan tutardır. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedilmesi durumunda da istekli tarafından teklif edilen ihale bedelinin % 3’ü değil, istekli tarafından verilmiş olan teminatın bütününe dikkate alınması gerekmektedir”. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Karar, (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>). Aynı yönde bkz. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar, (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>). Sayıştay, Anayasa’da TBMM adına bütçe denetimi yapmakla görevlendirilen ve yüksek mahkemeler arasında sayılmayan bir kurumdur. Ulusoy, Sayıştay’ın yüksek olmasa da mahkeme niteliğini haiz olduğunu ifade etmektedir. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku, op. cit.*, s.196. Buna karşılık, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Sayıştay’ın hem yüksek mahkeme hem de mahkeme olmadığını, anayasal bir kurum olduğunu belirtmektedir. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.246. Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi, Sayıştay’ı mahkeme olarak kabul etmediği için adli yargı yeri ile Sayıştay arasındaki hüküm uyumsuzluğunda görevsizlik kararı vermiştir. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 15 Kasım 1993 Tarih ve E. 1993/46, K.1993/43 Sayılı Karar, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>). Anayasa Mahkemesi, 11 Temmuz 1991 tarih ve E. 1990/39, K 1991/39 sayılı kararında Sayıştay’ın mahkeme olmadığı sonucuna varsa da 13 Kasım 2014 tarih ve E. 2014/172, K.2014/170 sayılı kararında Sayıştay’ın mahkeme olduğunu ifade etmiştir.

Yargı yerleri, 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesini de dikkate alarak %3'ün üzerinde olan kısmın istekliye iade edilmesine karar vermektedir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi isteklilerin mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırımdır. Bu nedenle kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesinin benimsenmesinin özünde hukuk devleti ilkesine uygun hareket etme amacı bulunmaktadır^[107]. Zira bir hukuk devletinde bireylerin uyması gereken kurallar açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir^[108]. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranına ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düzenlenmenin de ihlalin ağırlığı ve teminatın amacı doğrultusunda nispi olarak tesis edilmesinin isabetli olabileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede öneri mahiyetinde şunları ifade edebiliriz:

4734 sayılı Kanun'un 10., 37., ve 44. maddelerinde sayılan hallerin ortaya çıkması halinde teminatın sadece %3'lük kısmının gelir olarak kaydedilmesi düzenlenebilir. Zira bu hallerde isteklinin ihalenin temel ilkelerini en baştan zedeleyerek ihale sürecine hukuka aykırı bir şekilde katılmadığı öngörülebilir. Ancak 11. maddede yer alan durumlarda ise isteklinin ihaleye katılımı başlı başına hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, ihaleye girmemesi gerektiğini bildiği halde, kanunda açıkça yasaklanan kuralı yok sayarak ihaleye teklif sunması söz konusudur. Bu nedenle de 11. madde kapsamında geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranının isteklinin teklif ettiği miktar kadar olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargı organlarının gerekçede ifade ettiği tekliflerin tahmin edilmesi bakımından değerlendirildiğinde ise, 11. madde kapsamındaki kişiler, zaten ihale sürecine devam etmemesi gereken kişiler oldukları için tekliflerinin önceden tahmin edilebilir olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira, her halükârda ihaleye katılmaya yasaklı olan kişilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerekecektir ve girmemesi gerektiği halde ihaleye giren bu kişilerin tekliflerin tahmin edilebilecek olması, ihalede önemli olan rekabet ya da eşitlik ilkesini ihlal etmeyecektir.

Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesi gerektiği düşünülen konumuzla ilgili diğer husus ise 17. madde kapsamında yasak olan fiil ve davranışlarda bulunanların da yasaklama yaptırımıyla birlikte geçici

[107] Eren, *op. cit.*, s.596.

[108] *Ibid.*

teminatlarının gelir kaydedilmesi yaptırımının öngörülmesi ve bu oranın da 11. maddeye ilişkin ileri sürdüğümüz gibi teminatın tamamı olmasının gerektiğidir.

SONUÇ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen geçici teminat, mesleki mali ve teknik bakımdan yeterli ciddi isteklilerin ihaleye katılması ve isteklilerin teklifiyle bağlı kalması için isteklilerden teklif ettikleri bedelin en az %3'ü olmak üzere alınan bir güvencedir. Geçici teminat, genellikle ihale sonuçlanınca isteklilere iade edilir, ancak bazı durumlarda idareye gelir olarak kaydedilir. Geçici teminatın gelir olarak kaydedildiği haller 4734 sayılı Kanun'da tahdidi olarak sayılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 10., 11., 37. ve 44. maddelerinde yer alan durumlarda bir idari yaptırım olarak teminat iade edilmeyip gelir olarak kaydedilmektedir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan geçici teminatın gelir kaydedilmesi ihale düzenini sağlamaya yönelik özel kolluk işlemi olmasının yanında mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırımdır. İdari işlem olduğu için öncelikle idari işlemin yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun tesis edilmelidir. Bir temel hakkı sınırlandıran özel kolluk işlemi ve idari yaptırım olması nedeniyle de kanunilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmeyen başka durumların varlığı halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararı verilmez. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların varlığı halinde hakkında sadece yasaklama kararı verilebilen isteklilerin geçici teminatları iade edilir.

Bir idari yaptırım olarak geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari ceza mı yoksa idari tedbir olduğunun tespiti, tabi olacağı hukuki rejim açısından önem taşımaktadır. Zira, idari cezalara ceza hukukunun çekirdek ilkeleri de uygulanmakta, idari tedbirler ise idari işlemin hukuka uygunluk kıstaslarına göre değerlendirilmektedir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin, isteklileri cezalandırmaktan ziyade ihale sürecinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların önlenmesi ve bu sürecin düzenli bir şekilde tamamlanması amacıyla tesis edilen idari tedbir olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ceza hukukunun "soruşturma yapılması ve savunma alınması", "suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi", "şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi", "mükerrer cezalandırma yasağı (ne bis in idem ilkesi)", gibi

çekirdek ilkelerine uygun tesis edilmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim, aynı istekli hakkında verilen ihaleden yasaklama kararı ile birlikte geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararı ne bis in idem ilkesi bakımından hukuka aykırılık teşkil etmemektedir.

4734 sayılı Kanun kapsamında geçici teminatın isteklilerden asgari %3 oranında alınacağına ilişkin bir kural olmasına rağmen gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamu İhale Kurumu ve yargı yerlerinin, bu teminatın tekliflerin gizli tutulması amacıyla alındığı gerekçesiyle %3'ün üzerinde olan kısmın isteklilere iade edilmesine ilişkin kararları bulunmaktadır. Hem söz konusu orana hem de gelir kaydedilme hallerine ilişkin 4734 sayılı Kanun'da revizyon yapılmasının isabetli olacağı düşünülmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamındaki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar bakımından da yasaklama kararı ile birlikte geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımın açıkça düzenlenmesi gerekliliği ileri sürülebilir. Zira, 17. madde kapsamında yer alan ihaleye doğrudan ya da dolaylı olarak katılması yasaklanan kişilerin teklif sunması halinde haklarında yasaklama kararı verilebildiği gibi geçici teminatları da gelir kaydedilmektedir. İkinci olarak ise geçici teminatın gelir kaydedilme oranının 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesidir. Bu çerçevede 10., 37. ve 44. maddeler kapsamında yine isteklilerin tekliflerinin gizliliğine önem verilerek, sunulan teminatın %3'lük kısmının, 11. ve 17. maddeler (yine kanunda açıkça gelir kaydedilme halleri arasında yer aldığı takdirde) kapsamında ise teminatın tamamının gelir kaydedileceğinin düzenlenmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, Muhittin ve Ali Abacıoğlu, *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2021.
- Aksoy, Mehmet, “Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri” *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2020, s.393-421.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 14. Baskı, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin, 2000.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, Yeni Sisteme Göre Güncellenmiş 11. Baskı, 2023.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara, Asil, 2006.
- Doğanyığıt, Sadettin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş Geliştirilmiş 19. Baskı, 2022.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi II. Cilt*, Ankara, Pozitif Matbaa, 2013.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 4. Baskı, 2022.
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990.
- Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 02, 1963, s.115-182.
- Gönen, Dinçer ve Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2006.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku I*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku II*, Bursa, Ekin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013.
- İsbir, Begüm, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara, Turhan, 2011.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, 2021, s.267-284.
- Kaya, Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlandırılması: İhalelere Katılmaktan Yasaklama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006, s.153-184.
- Kaya, Cemil. “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2004, s.253-284.
- Kubbealtı Lugatı*, “Teminat” Maddesi (<http://lugatim.com/s/teminat>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).
- Oğurlu, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Ankara, Seçkin, 2000.
- Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 13. Bası, 1966.
- Otacı, Cengiz ve Levent Korkut, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3. Tıpkı Baskı, 2017.
- Özen, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s.389-417.
- Özkan, Ahmet Fatih, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 4, 2009, s.75-94.
- Sancakdar, Oğuz et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, 2022.
- Sezer, Yasin, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2020.

- Sezginer, Murat, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, Seçkin, 2013.
- Sezginer, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin, 2000.
- Taşdelen, Aziz, “Mali Sonuçlu Bir idari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.293-320.
- Toprak, Eren, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara: Seçkin, Güncellenmiş 2. Baskı, 2022.
- Torun, Bülent, *Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cemil Kaya), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 603617).
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, Teminat” Maddesi (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).
- Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021.
- Ulusoy, Ali D., *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha, 2013.
- Yılmaz, Dilşat, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, Ankara, Astana, 2014.
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Gerekçesi, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), 68, (Erişim Tarihi: 31.05.2023).

KARARLAR

- Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi, 22 Mart 2023 Tarih ve E. 2020/833, K.2020/1067 Sayılı Karar, Lexpera.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 15 Mayıs 2018 Tarih ve 2015/19616 Başvuru Numaralı Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19616>).
- Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 11 Aralık 2018 Tarih ve 2014/1759 Başvuru Numaralı, Doğan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1759>).

- Anayasa Mahkemesi, 11 Temmuz 1991 Tarih ve E. 1990/39, K 1991/39 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih ve E.2005/138, K.2008/124 Sayılı Teminatın Haczedilemeyeceği Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 14 Ocak 2010 Tarih ve E. 2007/68, K.2010/2 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E.2008/115, K.2011/86 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 13 Kasım 2014 Tarih ve E. 2014/172, K.2014/170 Sayılı Kararı
- Anayasa Mahkemesi, 07 Nisan 2016 Tarih ve E. 2015/109, K. 2016/28 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 27 Mart 2019 Tarih ve 2018/9115 Başvurulu Numaralı Ünal Gökpınar Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115>).
- Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Kararı, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Kararı.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Haziran 2014 Tarih ve E. 2009/4962 K. 2014/2524 Sayılı Kararı.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 08 Ekim 2012 Tarih ve E. 2012/2116, K. 2012/2363 Sayılı Karar, Lexpera.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 13 Kasım 2013 Tarih ve E. 2013/1642, K. 2013/2994 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 03 Şubat 2015 Tarih ve E. 2014/5089, K. 2015/334 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Aralık 2020 Tarih ve E. 2015/2937, K. 2020/3743 Sayılı Karar, Legalbank.

- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 18 Şubat 2021 Tarih ve E. 2015/942, K.2021/539 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 22 Kasım 2017 Tarih ve E. 2017/2180, K. 2017/3246 Sayılı Karar.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/923, K. 2017/1830 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 21 Şubat 2019 Tarih ve E. 2018/4070, K. 2019/497 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 30 Eylül 2009 Tarih ve E.2009/4856, K. 2009/8839 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay Yedinci Dairesi, 19 Ocak 2000 Tarih ve E. 1999/1766, K. 2000/67 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi Sayı 104.
- DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Kararı, Legalbank.
- DİDDK, 08 Temmuz 2021 Tarih ve E.2021/617, K.2021/1447 Sayılı Kararı, Legalbank.
- Kamu İhale Kurulu, 06 Temmuz 2009 Tarih ve 2009/057 Toplantı ve 2009/ MK-99 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 23 Ağustos 2019 Tarih ve 2019/039 Toplantı ve 2019/ MK-285 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 17 Aralık 2014 Tarih ve 2014/082 Toplantı ve 2014/ MK-573 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>). Kamu İhale Kurulu, 12 Mart 2014 Tarih ve 2014/020 Toplantı ve 2014/MK-104 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 25 Temmuz 2014 Tarih ve 2014/051 Toplantı ve 2014/ UH.II-2763 Karar Numaralı Karar (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>).

Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>)

Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Yasal Süresi İçinde Sözleşme İmzalamaya Gelmeyen İsteklinin Geçici Teminatının Eksik Gelir Kaydedilmesi Konulu Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>).

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 20 Şubat 2017 Tarih ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı Kararı (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

Uyuşmazlık Mahkemesi, 15 Kasım 1993 Tarih ve E. 1993/46, K.1993/43 Sayılı Karar, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

Biyçeşitliliğin Korunması ve Sürdürülebilirlik Bağlamında İstilacı Türlerle Mücadelenin Birlik Hukukundaki Temelleri ve Türkiye

İpek ÇİMEN BULUT*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. Karşılaştırmalı Hukuk A.B.D., ipek.cimenbulut@bakircay.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2671-4760.

Makale geliş tarihi: 31 Ocak 2024 **Makale kabul tarihi:** 2 Temmuz 2024

Atıf önerisi: Çimen Bulut, İpek, “Biyçeşitliliğin Korunması ve Sürdürülebilirlik Bağlamında İstilacı Yabancı Türlerle Mücadelenin Birlik Hukukundaki Temelleri ve Türkiye”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.91-138. **DOI:** 10.30915/abd.1428543.

BİYOÇEŞİTLİLİĞİN KORUNMASI VE SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK BAĞLAMINDA İSTILACI TÜRLERLE MÜCADELENİN BİRLİK HUKUKUNDAKİ TEMELLERİ VE TÜRKİYE

ÖZ

Sürdürülebilirliğin tesisi hem gezegenimizin hem de insanlığın geleceği için olmazsa olmaz bir nitelik taşıır. Bu bilinçle, Birleşmiş Milletler tarafından on yedi Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi (SDG) ortaya konmuştur. Tıpkı çevre sorunlarının birbirleriyle karşılıklı etkileşim içerisinde olmaları gibi, SDG'ler de karşılıklı ilişki içerisinde ve gerçekleştirilebilmeleri birbirlerine görünmez ağlarla bağlıdır. SDG'lerin gerçekleştirilmesi bağlamında, biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi büyük önem arz eder. Sürdürülebilirliğin tesisi için bu derece önemli olan biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi temel hedefinin önünde pek çok engel ve tehdit bulunmaktadır. Bu tehditler arasında en önemlilerinden birisi gezegenimizi şekillendiren insan faaliyetlerinin tetiklediği, “istilacı yabancı türler” sorunudur. Yerli türler üzerinde büyük baskı oluşturarak, doğaya geri dönülmesi telafisiz zararlar veren istilacı yabancı türler sorununun çözümlünün önünde, maddi-manevi, yasal ve teknik pek çok bariyer bulunur. Bu bariyerleri ortadan kaldırarak, istilacı yabancı türler sorununun çözümlü için uluslararası koordinasyon ve iş birliği içerisinde gerçekleştirilecek topyekûn bir mücadeleye ihtiyaç duyulmaktadır. İstilacı yabancı türlere karşı girişilen bu mücadelenin başarılı olabilmesi için de birey, toplum ve devletlerin birlikte çalışacakları kapsamlı bir hareket gerekmektedir. Uluslararası arenada çevrenin korunması alanında öncü olma iddiasındaki Avrupa Birliği ve aday ülke statüsündeki Türkiye'nin istilacı yabancı türlerle girişilecek bu topyekûn mücadelede başarıya ulaşabilmeleri için öncelikle bu hususta buldukları noktanın ne olduğunu ve bu noktanın ileriye taşınabilmesi için neler yapılması gerektiğini tespit edebilmeleri önemlidir. Bu çalışma, Avrupa Birliği Çalışmaları ve Çevre Hukuku kesişimselliğindeki yazında değinilmemiş olan istilacı türlere karşı alınabilecek hukuki önlemler bakımından hem araştırmacılara hem de yasa yapııcılara katkı sunmayı amaç edinmiştir.

Anahtar kelimeler: İstilacı yabancı türler, biyoçeşitlilik, sürdürülebilirlik, sürdürülebilir kalkınma hedefleri, çevre hukuku.

**IN THE CONTEXT OF BIODIVERSITY CONSERVATION
AND SUSTAINABILITY, FOUNDATIONS OF COMBATING
INVASIVE ALIEN SPECIES IN UNION LAW AND TURKEY**

ABSTRACT

Establishing sustainability is essential for the future of both our planet and humanity. With this awareness, the United Nations has established seventeen Sustainable Development Goals (SDGs). Just as environmental issues are interconnected, the goals of sustainable development are also interrelated, and their achievement is linked to one another through invisible networks. In the context of achieving sustainable development goals, preventing biodiversity loss is of great importance. On the other hand, there are numerous obstacles and threats to the main goal of preventing biodiversity loss, which is so important in the context of establishing sustainability. One of the most significant issues is the problem of “invasive alien species” caused by human activities that affect our planet. There is numerous material, moral, legal, and technical barriers to addressing the issue of invasive alien species, which exert significant pressure on native species and cause irreversible damage to nature. By removing these barriers, it is essential to engage in a comprehensive international effort of coordination and cooperation to address the issue of invasive alien species. For this struggle to be successful, a comprehensive movement is required, involving the collaboration of individuals, society, and states. For the European Union, which prides itself on being a leader in environmental protection on the global stage, and Turkey, as a candidate country, it is essential to first assess its current position and identify necessary actions to effectively combat invasive alien species to succeed in this endeavor. This study aims to offer valuable insights for researchers and legislators regarding legal measures that can be implemented against invasive species. This topic has not been extensively addressed in the existing literature at the intersection of European Union Studies and Environmental Law.

Keywords: Invasive alien species, biodiversity, sustainability, sustainable development goals, environmental law.

GİRİŞ

Gezegimizdeki canlı-cansız varlıkları olumsuz etkileyen çevresel sorunlar, etki-tepki yasası çerçevesinde birbirleriyle karşılıklı ve çok kapsamlı ilişkiler içerisindedirler. Bu etkileşim, zincirleme bir dizi reaksiyon başlatarak, farklı çevre sorunlarının ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Çevre sorunlarıyla boğuşan gezegene hâkim durumdaki insan, doğası gereği yaşadığı çevreyi çeşitli faaliyetleriyle etkileyip dönüştürme yetisine sahip tek canlıdır. Önceleri zararsız gibi görülen insan etkisi zamanla o kadar artmıştır ki, gezegenimizin kimyası değişerek, doğal dengesi bozulmaya başlamıştır. Nitekim, dünya nüfusundaki yoğun artışla birlikte sanayileşme de dahil çeşitli insan faaliyetleriyle tetiklenen ve her geçen gün derinleşen; doğal kaynakların aşırı kullanımına; tarımsal faaliyetlere ve turizme; aşırı avlanma da dahil tür sömürülerine; çevre kirliliğine; madencilik faaliyetlerine; çarpık kentleşmeye; tarım ve orman alanlarının, meraların ve su yollarının tahribine; küresel ısınma ve iklim değişikliğine; ekosistem tahribatlarıyla habitat fragmentasyonu olarak da ifade edilen canlıların doğal yaşam alanlarındaki bozulmalara; biyçeşitlilik ve genetik çeşitlilikteki azalmalara; yabancı tür istilalarına uzanan çeşitli çevre sorunları, karşılıklı etkileşimle tetiklenip ivme kazanarak, doğal dengenin bozulmasında önemli rol oynamaktadırlar^[1]. Nitekim çevresel sorunların, karşılıklı etkileşim nedeniyle yayılma ve birbirlerini tetikleme eğilimleri sebebiyle bu sorunlarla bir bütün halinde mücadele edilmesi önemlidir. Çevresel sorunlarla topyekûn mücadele edilmesiyle, ekosistemlerin, habitatların ve biyçeşitliliğin korunarak, doğanın kendi kendini yenileyebilme kapasitesinin güçlendirilmesi ve doğal dengenin bozulmasının önlenmesi, çevresel, sosyal ve ekonomik boyutlarıyla sürdürülebilirliğin gerçekleştirilebilmesi açısından da hayati öneme sahiptir. Avrupa Birliği, pek çok vesileyle sürdürülebilirliğin gerçekleştirilmesi bağlamında çevresel sorunlarla topyekûn mücadele edilerek, çevrenin korunmasının önemini vurgularken, özellikle de sürdürülebilir kalkınmayı tehdit eden

[1] Engin G. Şimşek, "Protection of Biodiversity in Turkey", *Public and Private International Law Bulletin* Cilt 34, Sayı 1, 2014, s. 74-75; Alptekin Karagöz, Kürşat Özbek, ve Nurgül Sarı, "Türkiye'nin Bitkisel Biyolojik Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2016, s. 90; P. Walton et al., "The State of Nature Scotland 2019". The State of Nature Partnership, s. 8-17, <https://www.nature.scot/sites/default/files/2019-10/State-of-nature-Report-2019-Scotland-full-report.pdf> (Erişim Tarihi: 6 Şubat 2023).

temel çevre sorunları arasında sayılan biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi gereğinin altını ısrarla çizmektedir^[2].

“Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi^[3]” madde 2’de “*içerisinde tür içi ve türler arası çeşitlilikle ekosistem çeşitliliğini de barındıran ve ayrıca kara, deniz ve sucul ekosistemlerle bu ekosistemleri de kapsayan ekolojik kompleksler dahil, dünya üzerindeki tüm canlı organizmalar arasındaki farklılaşma*” şeklinde tanımlanan “biyoçeşitlilik” tıpkı diğer çevre unsurları gibi, insan faaliyetlerinden kaynaklanan ve doğal dengenin bozulmasında önemli rol oynayan çevre sorunlarından önemli ölçüde etkilenmektedir.

Etkisini gittikçe artıran ve gelecekte biyoçeşitlilik kayıplarını önemli ölçüde hızlandıracağı öngörülen insan kaynaklı çevre sorunları, çeşitli bilimsel araştırmalar neticesinde beş temel başlık altında kategorize edilmiştir: Aşırı ve yanlış kullanımdan kaynaklanan habitat kayıpları; Yabancı türlerin istilası; Doğal kaynakların sömürüye varan tüketimi; Sıcaklık artışlarının eşlik ettiği iklim değişikliği; Çevre Kirliliği. Gezegenimizin ve insanlığın geleceği için türlerin, doğal koruma alanlarının, habitatların, ekosistemlerin korunması, biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi ve doğanın karşı karşıya kaldığı insan kaynaklı baskılar karşısında dayanıklılığının artırılarak, nihayetinde de mevcut ve gelecek kuşaklar için sürdürülebilirliğin sağlanması hedeflerini gerçekleştirebilmek için belirlenen bu beş temel çevre sorunuyla, ortaya konacak ortak akılla perçinlenecek uluslararası işbirliği kapsamında birlikte mücadele edilmesi önemlidir^[4].

[2] European Commission (EU) 2001/264 of 15 May 2001, A sustainable Europe for a better world: A European Union strategy for sustainable development, Commission’s proposal to the Gothenburg European Council, <https://aei.pitt.edu/42719/> (Erişim Tarihi: 11 Mart 2023).

[3] United Nations, “Convention on Biological Diversity”, 1992, <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.10.2023).

[4] European Commission (EU), 2008/789 of 3.12.2008, Letter to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Towards an EU Strategy on Invasive Species, s. 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC2887&qid=1698774928752> (Erişim Tarihi: 10.03.2023).; IPBES, “Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services”. *Zenodo*, 25 Kasım 2019, s. 25, 28-9 (<https://doi.org/10.5281/zenodo.3553579>); European Commission (EU), 2011/244 of 3 Mayıs 2011 Letter to the European Parliament,

Biyçeşitlilik kayıplarını en fazla tetikleyen sorunlar arasında habitat kayıplarının hemen ardından ikinci sırada yer alan çevresel sorun, yabancı türlerin istilasısıdır. Biyçeşitliliği tehdit ederek, insan da dahil canlı sağlığı, ekosistem, habitat ve yerli türler üzerinde büyük baskı oluşturan istilacı yabancı türler (İYT), sürdürülebilirliğin önünde de önemli bir bariyer oluşturarak, çevrenin korunmasını, sağlığı, yerel halkların geleneksel sosyal ve ekonomik hayatlarını ve dolayısıyla da SDG'lerin gerçekleştirilebilmesini tehdit etmektedirler. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, istilacı yabancı türlerin, biyçeşitliliğin korunması ve sürdürülebilirliğin sağlanması üzerinde reelde ne gibi etkileri olabileceği ve istilacı yabancı türlerle sahada ve özellikle de hukuki düzlemde mücadele edilmesine yönelik olarak bugüne kadar Avrupa Birliği (AB) ve Türk Hukuku kapsamında ne gibi çalışmalar yapıldığı, bu çalışmaların yasal belge ve düzenlemelere yansiyıp yansımadiğı ve hangi önlemlerin alındığı soruları akıllara gelmektedir.

Bu makale çalışmasında, insanlığın doğal sermayesi olduğu kabul edilen biyçeşitliliğin, sürdürülebilir kalkınmayla ilişkisi ortaya koyulmaya çalışılarak, biyçeşitlilik üzerindeki en önemli ikinci çevresel tehdit olarak kabul edilen İYT'le sahada ve hukuki düzlemde mücadelenin önem ve etkisinin tartışılması hedeflenmektedir. Bu hedef doğrultusunda, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda bugüne kadar ortaya konan belgeler ve yasal düzenlemeler incelenerek, biyçeşitliliğin korunması bakımından hayati öneme sahip olduğu belirtilen İYT sorunuyla mücadeleye ilişkin varsa eksikliklerin belirlenip, çözümler önerileri getirilmesine çalışılarak, İYT sorununa ilişkin farkındalık oluşturulması hedeflenmektedir. Bu çerçevede iki bölüm şeklinde

the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions *Review of our Life Insurance, our Natural Capital: An EU Biodiversity Strategy to 2020*, s.1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0244> (Erişim Tarihi: 10.10.2023); European Commission (EU), 2020/380 of 20 May 2020, Letter to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing Nature Back Into Our Lives*, s. 2,6, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a3c806a6-9ab3-11ea-9d2d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 06.02.2023); David Tilman et al., "Future Threats to biodiversity and pathways to their prevention", *Nature*, Cilt 546, Sayı 7656, 2017, s.73-74 (<https://doi.org/10.1038/nature22900>); Hermoso, et al., "The EU Biodiversity Strategy for 2030: Opportunities and Challenges on the Path towards Biodiversity Recovery", *Environmental Science & Policy*, Cilt 127 (January), 2022, s.263–271, (<https://doi.org/10.1016/j.envsci.2021.10.028>).

planlanan işbu makale çalışmasının ilk bölümünde biyoçeşitlilik kayıplarını artıran önemli baskı gruplarından olan İYT sorununun temelleri, istilacılarla mücadelenin biyoçeşitliliğin korunması ve sürdürülebilirliğin tesisi kapsamındaki yeri ve öneminin ne olduğu sorularına yanıt aranacaktır. İkinci bölümdeyse, İYT’le mücadele kapsamında AB’de mevcut yasal düzenlemelerin temelleri ile bugüne dek ortaya konan somut çaba ve çıktılar incelenmeye çalışılacaktır. İkinci bölümde ayrıca, kıtaların kesişme noktasındaki konumu ve sahip olduğu eşsiz nitelikteki coğrafi özellikleri sebebiyle pek çok biyoçeşitlilik sıcak noktasına ev sahipliği yapan Türkiye’nin, gerek imza altına aldığı uluslararası antlaşmalar kapsamında üstlendiği sorumluluklar, gerekse de AB’ne aday ülke olması dolayısıyla yaptığı müktesebata uyum çalışmaları da göz önüne alınarak, istilacı yabancı türlerle yasal düzlemdeki mücadelesinin nihai durumunun ne olduğu aktarılmaya çalışılacaktır. Sonuç bölümünde ise, AB ve Türkiye’nin İYT’ye karşı mücadelesinin başarıya ulaşmasında güçlü, zayıf ve gelişmeye açık yönlerin neler olduğu sorularına yanıt aranarak, bu mücadelenin güçlendirilmesine katkıda bulunabilecek çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

I. İSTİLACI YABANCI TÜRLER SORUNU

Sürdürülebilirliğin ekonomik, sosyal ve çevresel boyutları düşünüldüğünde, gezegenimizin bekası için, çevresel boyuta öncelik verilmesi önemlidir.^[5] Bu bağlamda korunması gereken en önemli çevresel unsurlarından biri, insanlığın doğal sermayesi olarak nitelendirilen biyoçeşitliliğdir. Genetik çeşitlilik, tür ve ekosistem çeşitliliği gibi kavramları içinde barındırması sebebiyle^[6] biyoçeşitlilik kayıplarının, iklim değişikliğiyle birlikte sürdürülebilirliği tehdit eden en önemli çevre sorunlarından biri olduğu kabul

[5] Feza Sencer Çörtoğlu, “Avrupa Birliği İklim Politikasının Bütünleşmesinde Sürdürülebilir Kalkınmanın Etkisi”, *Contemporary Research in Economics and Social Science*, Cilt 3, Sayı 1, 2019, s.202;

[6] Kamil Erken, Salih Parlak ve Mustafa Yılmaz, “Endemik Taksonların Korunması ve Tür Koruma Eylem Planları”, *Ağaç ve Orman*, Cilt 3, Sayı 1, 2022, s.33-34; Ferhunde Hayırsever Topçu, “Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya”, *Marmara Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2012, s. 58; Sinan Erten, “Uluslararası Düzeyde Yükselen Bir Değer Olarak Biyolojik Çeşitlilik”, *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, 2004, s. 98-99.

edilmektedir^[7]. Nitekim insan faaliyetlerinin gezegenimizdeki olumsuz etkilerinin artarak devam ettiği içinde bulunduğumuz Antroposen çağında, bu artışa paralel bir yükseliş gösteren biyçeşitlilik kayıpları nedeniyle canlı türlerindeki azalmanın hızlanarak sürdürülebilirliği tehdit ettiği gözlemlenmektedir^[8]. Sürdürülebilirliğin tesis edilerek, doğal kaynakların, mevcut ve gelecekteki kuşakların ihtiyaçlarını karşılayabilmesi adına biyçeşitlilik üzerindeki ikinci önemli tehdit olan, İYT'yle sahada ve yasal düzlemde, uluslararası işbirliği içerisinde mücadele edilmesi, gezegenimizin geleceği açısından zaruri gözükmektedir.

İYT sorununun anlaşılabilmesi için öncelikle bazı kavramlara değinmek gerekir. Herhangi bir müdahale olmadan, belirli bir yaşam alanında doğal olarak ortaya çıkan canlılar, “yerli türler” olarak tanımlanırken, bir yaşam alanında doğal olarak bulunmayan, kasıtlı veya kasıtsız insan müdahalesiyle, normal yayılım alanları dışına taşınan türlerle, bunların yumurta, tohum, spor gibi kendiliğinden üreme kapasitesine sahip biyolojik parçaları “yabancı türler” olarak kavramsallaşmıştır^[9]. Ancak her yabancı tür, “istilacı” karakter taşımaz. Hatta kimi yabancı türler, taşındıkları yeni yerlere, su ürünleri yetiştiriciliği, ormancılık, botanik faaliyetleri ve tarım gibi alanlarda ekonomik fayda sağlarlar^[10].

Yabancı türlerden “baskın” karakter taşıyanlarsa, taşındıkları yeni yaşam alanının koşullarına hızla adapte olarak, sahip oldukları güçlü genetik özellikleri, üreme yetenekleri; yeni yaşam alanlarında doğal düşmanlarının bulunmaması; yırtıcı karakterleri gibi rekabetçi özellikleri sebebiyle, habitatlarına yerleştikleri yerli türlerle agresif bir yarışa girmektedirler. Güçlü rekabetçi özelliklerinin yanı sıra, yerli türlerin daha önce hiç karşılaşmalarından dolayı bağışıklık geliştiremedikleri bulaşıcı hastalıkları beraberlerinde getirmeleri sebebiyle de yerli türlerin varlığını tehlikeye düşüren

[7] European Commission, 2011-a, op. cit., s. 1.

[8] European Commission, 2011-a, op. cit., s.1.

[9] Clare Shine, Nattley Williams ve Lothar Gündling, *A Guide to Designing Legal and Institutional Frameworks on Alien Invasive Species*, (IUCN) Gland, Cambridge, 2000, s.1, <https://portals.iucn.org/library/node/7768> (Erişim Tarihi: 9.02.2023).

[10] Clare Shine, “Invasive Species in an International Context: IPPC, CBD, European Strategy on Invasive Alien Species and Other Legal Instruments”, *EPPO Bulletin* Cilt 37, Sayı 1, 2007, s. 103–113, (<https://doi.org/10.1111/j.1365-2338.2007.01087.x>).

yabancı türler, ekosistemler, habitatlar, tür çeşitliliği ve genetik çeşitlilik dahil biyoçeşitlilik, doğal kaynaklar, insan sağlığı^[11], sürdürülebilirlik açısından önemli zararlara yol açtuklarından, literatürde “İstilacı Yabancı Türler” olarak adlandırılmaktadırlar^[12].

A) İSTILACI YABANCI TÜRLER SORUNUNUN TEMELLERİ

Sanayi Devrimiyle tetiklenen insan etkisinin hızla arttığı Antroposen çağında, insanın çevresini şekillendirip, dönüştürme gücü, olumlu etkilerinin yanı sıra, doğal dengenin sağlıklı bir şekilde korunabilmesi bağlamında pek çok olumsuzluğu beraberinde getirmiştir. İnsan etkisinden kaynaklanan bu olumsuzluklardan, toprağın, okyanusların, suyun ve atmosferin kimyasal yapısıyla, iklimler de dahil her türlü çevre unsurunun, kendine düşen payı aldığı gözlemlenmektedir^[13]. Çevre üzerinde çeşitli olumsuzluklara sebep olan dönüştürücü insan etkisi, İYT’in yayılımlarını da kolaylaştırmıştır.

Doğal yapısı içerisinde ekosistemler, habitatlar ve türler, dağlar, göller, denizler, okyanuslar, nehirler, ormanlar, çöller gibi coğrafi yapılarla birbirlerinden ayrılmışlardır. Çeşitli yaşam alanları arasında doğal bariyer oluşturan bu coğrafi yapılar, türlerin kendi yaşam alanlarında kalmalarını sağlayıp, yayılmalarını engelleyecek şekilde yeryüzünü çeşitli ekosistem ve habitatlara ayırmış, türlerin birbirleriyle karşılaşmalarından kaynaklanabilecek çeşitli olumsuzlukları engelleyecek şekilde tasarlanmışlardır. Oysa günümüzde

[11] Avrupa kıtasında bazı İYT’in, alerji, cilt hastalıkları, arbo virüslerden kaynaklananlar gibi çeşitli sağlık sorunlarını tetiklediği bilinmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. European Commission, 2008, op. cit., s. 5.

[12] IUCN, “Denizel İstilacı Yabancı Türler”, MEDPAN Network Stratejisi, 2013, s.2. <https://www.istilacilar.org/wpcontent/uploads/2020/06/DenizelIstilaciYabanciTurlerMedpanNetworkStratejisi.pdf> (Erişim Tarihi:16.02.2023); Hüseyin Önen, “İstilacı Yabancı Türler ve İstila Süreçleri”, in Hüseyin Önen (Ed.) Türkiye İstilacı Bitkiler Kataloğu, Ankara, TC Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü Bitki Sağlığı Araştırmaları Daire Başkanlığı, 2015, s. 1-2 (ISBN: 978-605-9175-05-0); Shine et al., op. cit. s. 2; European Commission, 2008, op. cit., s.2.

[13] Viktor Levdokymov et al., “The New Geological Epoch, “Anthropocene,” as a Result of Human Economic Activity”, *Comparative Economic Research, Sciendo*, Cilt 21, Sayı 3, 2018, s. 132, 137-139, (<https://doi.org/10.2478/cer-2018-0023>).

artan insan etkisi sebebiyle bu mükemmel tasarımın pek çok açıdan yara aldığı görülmektedir^[14].

Doğal bariyerlerin farklı türlerin birbirleriyle karşılaşmalarını engelleme yetisini azaltan en önemli gelişmelerden biri, insanların ulaşım ve taşımacılık alanında atmış oldukları dev adımlardır. Teknolojik gelişmeler sayesinde, kara, hava ve denizyolu araçlarıyla kıtalar, okyanuslar, denizler, göller, çöller, ormanlar ve dağlar gibi doğal bariyerlerin artık kolaylıkla aşılabildiği, ulaşımındaki engellerin neredeyse tamamen ortadan kalktığı ve mesafelerin kısaldığı görülmektedir. Ulaşımında ve taşımacılıkta ortaya çıkan bu gelişmeler, küresel mal ve insan trafiğini hem ticari faaliyetler hem de kültür ve turizm faaliyetleri bağlamında artırmıştır. Bu gelişmeler sayesinde hareketlilikleri artan mallar ve insanlar kadar, yabancı türler de kasıtlı ya da kasıtsız olarak doğal yaşam alanlarının dışına çıkıp/çıkarılıp mesafeleri kat ederek, yeni yaşam alanlarına rahatlıkla taşınabilmektedirler.

Yabancı türlerin insan faaliyetlerinden kaynaklı ve kasıtsız olarak doğal yaşam alanlarının dışına taşınmalarının yaygın örneklerden biri, yoğunlaşan küresel taşıt trafiği sayesinde, bu türlerin, seyahat ve turizm amacıyla ya da ticari olarak kullanılan deniz, hava ve kara araçlarının gövdelerine tutunarak ve/veya gemilerin balast suyuna^[15] ve sedimanlarına^[16] karışarak doğal yaşam alanları dışındaki habitatlara taşınıp, istilacı yabancı tür haline gelmeleridir. Türlerin kendi yaşam alanlarının dışına çıkarak istilacı yabancı tür haline gelmelerini kolaylaştıran faktörlerden bir diğeri de insan eliyle

[14] European Commission, 2008, op. cit., s. 2.

[15] Balast suyu, Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine taraf olmadığına ilişkin çekincesini koruyarak imzaladığı "2004 Gemi Balast Suyu ve Sedimanlarının Kontrolü ve Yönetimi Hakkında Uluslararası Sözleşme" 1. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, "Balast suyu, geminin eğimi, meyli, su çekimi, dengesi veya geriliminin kontrolü amacıyla...gemiye alınan deniz suyu" anlamına gelir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140828-1-1.pdf>, Erişim Tarihi: 1.09.2023.

[16] Gemi Balast Suyu ve Sedimanlarının Kontrolü ve Yönetimi Hakkında Uluslararası Sözleşmeye göre, "Sediman, gemideki balast suyunun dibine çöken malzemelerdir", <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140828-1-1.pdf>, Erişim Tarihi: 01.09.2023.

açılarak okyanusları, denizleri birbirine bağlayan boğaz, kanal, su yolu gibi yapılardır^[17].

Akdeniz'i Kızıldeniz'e ve dolayısıyla Hint Okyanusuna bağlayarak, buradaki kimi yerli türlerin Akdeniz'e geçip gerek AB gerekse de Türkiye açısından önemli çevre sorunlarına yol açan İYT haline gelmelerine sebep olan Süveyş Kanalı da insan eliyle inşa edilerek türleri birbirinden ayıran doğal bariyerleri etkisizleştiren yapılardan biridir. Örneğin, Süveyş Kanalı üzerinden Akdeniz'e giren "Balon Balığı" bünyesinde barındırdığı zehir nedeniyle doğal düşmanının olmaması, sahip olduğu avcı-yırtıcı karakter, önemli bir ticari değer taşımaması, iklim değişikliği sebebiyle deniz suyunun ısınması gibi nedenlerle, Akdeniz'e hızla yerleşip kuzeye doğru ilerleyerek, yayılmış ve yerli türler üzerinde tehdit oluşturmaya başlamıştır. Bu bağlamda ülkemiz de dahil Akdeniz havzasında yer alan tüm ülkeler açısından, balon balığı, yabancı türlerin *kasıtsız* olarak doğal yaşam alanlarının dışına taşınarak İYT haline gelmelerinin tipik örneğini oluşturur^[18].

Yabancı türlerin *kasıtlı* olarak doğal yaşam alanlarının dışına taşınarak, İYT haline gelmelerine örnek verilebilecek somut olaylardan biriye, Beyşehir Gölü "sudak balığı (Sander Lucioperca)" vakasıdır. Sahip olduğu yüksek ekonomik değer sebebiyle, 70'lerin sonunda balıkçılığın geliştirilmesi amacıyla, devlet tarafından Beyşehir Gölüne bırakılan etçil bir yabancı tür olan "sudak balığı", avcı özelliği sebebiyle daha önceki dönemlerde herhangi bir yırtıcı türün bulunmadığı Beyşehir Gölü'nde^[19] zaman içinde baskın duruma gelip, yabancı türden İYT'e dönüşerek, on dört *endemik* türe ev sahipliği yapan göldeki yerli türleri, dolayısıyla da biyoçeşitliliği tehdit eder hale gelmiştir. Nitekim İYT haline gelen sudak balığı, bilim insanları tarafından Beyşehir Gölüne özgü endemik bir otçul balık türü olan Gökçe Balığının (Alburnus Akili) soyunun tükenmesine neden olan en önemli etmenlerden biri olarak değerlendirilirken, aynı zamanda da göldeki diğer otçul balık türlerinin nüfusunu da hatırı sayılır şekilde azalttığı gözlemlenmiştir.

[17] IUCN, 2013, op. cit., s. 8-9.

[18] Figen E. Kayhan ve Nazan D. Yön Ertuğ, "Türkiye Kıyılarında İstilacı Zehirli Balon Balığı (Lagocephalus scleratus Gmelin, 1789)", *Doğanın Sesi*, Cilt 8, 2021, s. 37-38.

[19] İskender Gülle, Fahrettin Küçük ve Salim Serkan Güçlü, "Dünden Bugüne Beyşehir Gölü (Isparta-Konya, Türkiye) Balıkçılığı ve Durum Analizi", *Acta Aquatica Turcica*, Cilt 18, Sayı 4, 2022, s. 438-443.

Beyşehir Gölü'ndeki otçul balıkların nüfuslarının azalması neticesinde, gölde yetişen otlar aşırı çoğalarak, gölü güneş ışığından mahrum bıraktığından, bu durumun göldeki canlı hayatının, tür çeşitliliğinin ve biyçeşitliliğinin önemli ölçüde zarar görmesine yol açtığı kaydedilmiştir^[20]. Gölde yaşanan bu zincirleme reaksiyon, çevre sorunlarında etki-tepki yasasının ne kadar etkili çalıştığını ve bu sorunlarının birbirlerinden bağımsız düşünülmemesi gerektiğini ispatlar niteliktedir.

Turizm temelli seyahatlerle, küresel ticaret ve taşımacılık faaliyetlerindeki artışlar, insanların ve malların küresel hareketliliğini de doğal olarak artırmıştır. Bu hareketlilik insanların farklı coğrafi alanlarda yeni türlerle karşılaşarak tanışmalarını sağlamış, insanların yeni tanıştıkları bu türleri -ticari faaliyetlerin yanı sıra bireysel olarak da- yaşadıkları yerlere taşıma arzuları, yabancı türlerin doğal yaşam alanlarının dışına taşınarak, İYT haline gelebilmelerini kolaylaştırmıştır. Aynı şekilde, su ürünleri üretimi, canlı hayvan/egzotik hayvan ve bitki ticareti, balıklandırma-ağaçlandırma çalışmaları, seracılık ve süs bitkileri yetiştiriciliği, peyzaj çalışmaları gibi faaliyetlerle, tarım ve ticari faaliyetler kapsamında bir yerden diğerine taşınan türler, kendi yaşam alanlarının dışına yayılarak İYT haline gelebilmektedirler.

İYT'in yayılımını kolaylaştıran bir diğer faktör de iklim değişikliğidir. İnsan faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan hava, toprak ve su kirliliğinin artmasından kaynaklanan, özellikle de salınan sera gazlarının ve aerosollerin etkisiyle, atmosferde meydana gelen değişiklikler nedeniyle, küresel sıcaklık artışları tetiklenmekte; ortaya çıkan küresel ısınmaysa, insan kaynaklı iklim değişikliğini hızlandırmaktadır^[21]. İklim değişikliği sebebiyle meydana gelen sıcaklık artışlarının, yabancı türlerin farklı yaşam alanlarına yayılmalarını kolaylaştırıcı etki yarattığı gözlemlenmiştir. Yerkürenin güneyinde yer alan deniz ve okyanuslarda yaşanan ve tropikal olarak nitelendirilebilecek tür-

[20] Burçin Feran ve İtri Levent Erkol, *Beyşehir Gölü Havzası'ndaki Nesli Tehlike Altındaki Balık Türlerini Koruma Planı*, İzmir, Doğa Derneği, 2018, s. 15,70-71, <https://www.dogaderneği.org/wp-content/uploads/2020/06/beysehir-golu-koruma-plani.pdf> (Erişim Tarihi: 21.3.2023); Mine Öztekin Alpaydın, "Göl ve İnsan: Beyşehir Gölü Çevresinde Doğa-Kültür İlişkisi Üzerine Antropolojik Bir İnceleme", *Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi*, Cilt 5, Sayı 9, 2022, s. 298.

[21] Murat Türkeş, "Küresel İklim Değişikliği nedir? Temel Kavramlar, Nedenleri, Gözlenen ve Öngörülen Değişiklikler", *İklim Değişikliği ve Çevre*, Cilt 1, Sayı 1, 2008, s. 7, 30-32.

lerin, deniz sıcaklığının artması ile kuzeye doğru hareketlenip ilerleyerek yeni yaşam alanlarına yayılımı ve İYT'e dönüşerek, yerli türler ve dolayısıyla biyoçeşitlilik üzerinde baskı oluşturması, iklim değişikliğinin türler üzerindeki olumsuz etkisine verilebilecektir tipik örneklerdendir^[22]. Bu gibi sebeplerle, her geçen gün yükselen İYT sorunu, günümüzde biyoçeşitlilik kayıplarını hızlandıran en önemli çevresel sorunlardan biri haline gelerek sürdürülebilirliği tehdit etmektedir.

B) BİYOÇEŞİTLİLİĞİN KORUNMASI VE SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ÇERÇEVESİNDE İSTİLACI YABANCI TÜRLERLE MÜCADELENİN ÖNEMİ

İYT sorunu, birey veya devletlerin kendi başlarına çözebilecekleri basit bir mesele değildir. Diğer pek çok çevre sorunuyla mücadelede olduğu gibi İYT'le etkili bir mücadelenin yürütülebilmesi için dünya üzerindeki her bir paydaşın sorumluluk üstleneceği uluslararası koordinasyon, iş birliği ve dayanışmaya ihtiyaç duyulmaktadır. İYT'le sahada ve yasal düzlemde kararlılıkla yürütülecek topyekûn mücadele neticesinde, yerli türler, habitatlar ve ekosistemler üzerindeki baskının hafifletilmesi, biyoçeşitlilik kayıplarının azaltılmasına katkıda bulunacaktır. İYT'le mücadele sürecinin, uluslararası koordinasyon ve iş birliğiyle yönetilerek, biyoçeşitliliğin korunmasına yönelik ilerleme sağlanabilmesi, orta ve uzun vadede sürdürülebilirliğin tesisine de olumlu katkıda bulunarak, gezegenimizin ve insanlığın daha iyi bir geleceğe doğru yol almasını kolaylaştıracaktır.

Sürdürülebilirliğin tesisine, bugünüümüzü ve geleceğimizi garanti altına alma hedefi doğrultusunda, gezegenimiz üzerinde biyoçeşitlilik açısından zengin kaynaklar barındıran, en çok endemik canlıyı içeren ve fakat yoğun tehdit altında bulunan habitatları kapsayan, aynı zamanda da tür çeşitliliğinde belirgin azalmaların yaşandığının tespit edilmesi sebebiyle de biyoçeşitlilik kayıplarının durdurulması amacıyla acil önlemlerin alınmasını gerektiren bazı kırılgan noktalar göze çarpmaktadır. "Biyolojik çeşitlilik sıcak noktaları (BÇSN)" olarak adlandırılan bu hassas alanların, öncelikli olarak alınacak daha özel ve acil önlemlerle korunmasına ihtiyaç vardır. Gezegennemizde öncelikli olarak koruma altına alınması gereken otuz altı BÇSN

[22] Kayhan ve Yön Ertuğ, op. Cit. s.36.

belirlenmiştir^[23]. AB ve Türkiye'nin, pek çok BÇSN'na ev sahipliği yaptığı bilinmektedir. Avrupa ve Türkiye'nin biyçeşitliliğine yönelen ve çoğunluğu insan faaliyetlerinden kaynaklanan tehditlerin fazlalığıysa, BÇSN da dahil biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesi amacıyla, daha sıkı bir mücadele yürütülmesinin önemini ortaya koymaktadır^[24]. Bu bağlamda İYT'le girilen mücadelede başarılı olunarak, biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesinin ve BÇSN'nın korunmasının, AB ve Türkiye'nin sürdürülebilirlik mücadelesi açısından hayati önem taşıdığı söylenebilir.

İYT'le mücadele sorununu, AB ve Türkiye perspektifinden incelediğimizde, başkaca önemli istatistiki sonuçlarla da karşılaşmaktayız. Şöyle ki; biyçeşitliliğin korunması bağlamında yapılan çeşitli araştırmalar, AB'nde tehdit altında olduğu belirlenen 1872 türden, 354'ünün İYT tarafından tehdit edildiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca Avrupada tespit edilen 12000 yabancı türün %11 civarının da İYT haline evrilerek, biyçeşitliliği tehdit ettiği bilinmektedir.^[25] İYT'in, geniş çaplı, öngörülemeyen ve çoğu zaman da yerli türlerin soylarının tükenmesi gibi geri döndürülemez olumsuz etkilerinin, Avrupa kıtasında yoğun olarak hissedilmesinin temel sebeplerinden bir diğeriye, yabancı türlerin bölgeye gelişlerini tetikleyen göç, ticaret, taşımacılık ve turizm gibi faaliyetler bakımından, AB'nin tam bir merkez durumunda olmasıdır. Avrupa'nın bu özel durumu, İYT'lerin olumsuz etkilerinin kıta özelinde yoğunlaşmasına neden olmaktadır. İYT, önemli bir çevre sorunsalı ortaya koymasının yanı sıra tüm dünyada olduğu gibi Avrupada da ekonomiyi ve dolayısıyla sosyal hayatı olumsuz etkilemektedir. 1960-2020 yılları arasında İYT'lerin AB'ye ekonomik maliyetinin 140

[23] Norman Myers et al., "Biodiversity Hotspots for Conservation Priorities", *Nature*, Cilt 403, 2000, s. 853, 856; İsa Satar ve Gül Güneş, "Türkiye'nin Biyolojik Çeşitlilik Sıcak Noktaları", *Tabiat ve İnsan*, Cilt 48, Sayı 185, 2014, s.22, 26-28; Jan Christian Habel et al., „Final countdown for biodiversity hotspots“ *Conservation Letters*, Cilt 12, Sayı 6, 2019, s. 1, (<https://doi.org/10.1111/conl.12668>).

[24] European Environment Agency(EEA), "Habitats and Species: Main Pressures and Threats", 2020, s. 1,4, <https://www.eea.europa.eu/themes/biodiversity/state-of-nature-in-the-eu/habitats-and-species-mainpressures> (Erişim Tarihi: 8.02.2023); Erken et al., op. cit., s.33-34; Hayırsever Topçu, op. cit., s. 81; Şimşek, op. cit., s. 76-77.

[25] European Commission, 2020, op. cit., s. 14; J.M.Caffrey vd., "Tackling invasive alien species in Europe: The top 20 issues", *Management of Biological Invasions*, Cilt 5, Sayı 1, 2014, s. 1-20, (doi: <http://dx.doi.org/10.3391/mbi.2014.5.1.01>).

milyar Amerikan dolarını geçmesi, istilanın ciddi ekonomik sonuçlarını göstermesi bakımından önemlidir^[26].

Konuyu ülkemiz açısından değerlendirdiğimizdeyse, Türkiye'nin, coğrafi olarak kıtaların kesişim noktasında yer alması; dağ, bozkır, orman, kıyı, sulak alan gibi farklı yüzey şekillerini ve iklimsel özellikleri bir arada barındırması; farklı ekosistem, habitat ve bitki coğrafya bölgelerini içermesi; dünya üzerindeki ana göç yolları üzerinde bulunması gibi sebeplerle birlikte, pek çok endemik türe de ev sahipliği yapması gibi özellikleri nedeniyle, oldukça zengin bir biyolojik ve genetik çeşitliliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, İYT sorunsalını, Türkiye özelinde de dikkatli incelemek gerekmektedir. Nitekim, Uluslararası Doğa Koruma Birliği'nin (IUCN) ülkemizde yapmış olduğu çeşitli çalışmalar, biyoçeşitlilik kayıplarına neden olan en tehlikeli 100 İYT'ün^[27] 14'ünün Türkiye'deki yerli türler üzerinde baskı oluşturarak biyoçeşitliliği tehdit ettiği gerçeğini ortaya koymaktadır^[28].

Bu sebeplerle, sahadaki tüm aktörlerin yapması gerektiği gibi, AB ve Türkiye'nin de, küresel işbirliği ve yardımlaşmayı elden bırakmayarak, hem kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, STK'lar gibi toplumun her kesiminin dahil edileceği kapsayıcı stratejiler kapsamında, İYT'le mücadelede genel kabul gören önleme; erken teşhis ve yok etme; kontrol ve uzun süreli çevreleme şeklinde sınıflandırılan üç basamaklı yaklaşımın^[29] temel alındığı saha uygulamalarıyla, hem de ortaya koyulacak güçlü denetim ve yaptırım mekanizmalarıyla desteklenen uyumlulaştırılmış hukuki enstrümanlarla

[26] Phillip J. Haubrock, et al., "Economic costs of invasive alien species across Europe", *NeoBiota*, Cilt 67, 2021, s. 154,160,165, (doi:10.3897/neobiota.67.58196).

[27] Lowe, S., M. Browne, S. Boudjelas ve M. DePoorter, "100 of the World's Worst Invasive Alien Species: A selection from the Global Invasive Species Database", Auckland, The Invasive Species Specialist Group (ISSG-IUCN), 2000, <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2000-126.pdf> (Erişim Tarihi: 8.02.2023).

[28] İrfan Uysal ve Bülent Boz, *Türkiye'deki En Tehlikeli İstilacı Yabancı Türler ve Türkiye'deki Zehirli Denizel Yabancı Türler*, Ankara, T.C.Tarım ve Orman Bakanlığı, Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü, 2.Baskı, 2018, s. 6 (ISBN:978-605-9550-21-5).

[29] Daha fazla bilgi için bkz. European Commission, 2008, op. cit., s. 6-7.

biyçeşitililiğin korunması ve sürdürülebilirliğin tesisi hedefleriyle İYT’le mücadeleyi kararlılıkla sürdürmeleri önemlidir.

II. İSTILACI YABANCI TÜRLERLE YASAL DÜZLEMDE MÜCADELE

Biyçeşitililiğin korunması ve sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda, İYT’le sahada uluslararası koordinasyon ve iş birliğiyle yürütülecek mücadelenin başarıya ulaşabilmesi, güçlü denetim ve yaptırım mekanizmalarıyla desteklenen, yüksek oranda uyumlulaştırılmış yasal düzenlemelerle sıkı şekilde desteklenmesine bağlıdır. İkinci bölümde, AB’nde çevre bilincinin temellerine değinilerek, Birlik ve Türk hukukunda İYT’le mücadelenin yasal alt yapısı ve konunun BM sürdürülebilirlik hedefleriyle ilişkisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

A) AVRUPA BİRLİĞİNDE ÇEVRE BİLİNCİ VE İSTILACI YABANCI TÜRLERLE MÜCADELENİN HUKUKİ TEMELLERİ

Kuruluş aşamasında öncelenen ekonomik bütünleşme saiki sebebiyle, erken dönemde, Avrupa Topluluğu (AT)’nun Kurucu Antlaşmalarında çevreye ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak bu dönemde dahi, Roma Antlaşmasının^[30] 2. maddesindeki “hayat seviyesinin hızla yükseltilmesi” ve 36. maddesindeki “insan, hayvan ve bitkiler dahil canlıların sağlık ve hayatlarının korunması” esaslarına dayanılarak, çevreyi koruma hedefinin, AT tarafından benimsendiği söylenebilir. Hatta 1972 Paris Zirvesinde üye devletler, -Federal Almanya’da çeşitli reformlara imza atan, Şansölye Brandt’ın öncülüğünde-hep bir ağızdan, çevrenin korunması için kendi ulusal mücadelelerini başlatacaklarını beyan etmişlerdir^[31].

BM tarafından 1972’de düzenlenen Stockholm (Çevre ve İnsan) Konferansı da çevre sorunlarının çözümünün, küresel boyutta ele alınmaya

[30] Treaty of Rome, 25.03.1957, <https://netaffair.org/documents/1957-rome-treaty.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

[31] Ersan Şen, “Avrupa Birliği Çevre Hukuku”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, 1994, s.43-44; Avi Shlaim, “The Paris Summit”, *The World Today*, Cilt 28, Sayı 12, 1972, s. 522.

başlanması bakımından bir miat niteliğindedir^[32]. Bu konferanstan sonra ortaya konan “Büyümenin Sınırları” adlı raporun da AB çevre politikasının temel taşlarından birini oluşturduğu söylenebilir. Seksenlerin sonlarından itibaren AB’nin, çevrenin korunması konusunda daha aktif bir role bürünerek, çevresel konularda kendini normatif güce sahip küresel bir aktör olarak konumlandırmaya çalıştığı anlaşılmaktadır^[33]. Avrupa Tek Senedinin 1986’da imzalanmasıyla da Roma Antlaşmasında değişikliğe gidilerek, çevrenin korunması ve geliştirilmesi, doğal kaynakların etkin kullanılması hedeflerinin, Avrupa Tek Pazarıyla ilgili olarak yapılacak yasal düzenlemelerin hazırlanmasında dikkate alınacağı vurgulanmış, böylece çevrenin korunmasına ilişkin hassasiyetin yasal düzenlemelere yansıtılması imkânı doğmuştur^[34].

AT’nu salt ekonomik bir bütünleşme olmaktan çıkarıp, aynı zamanda siyasi bir bütünleşmeye dönüştüren Maastricht Antlaşması’yla çevre politikası nihayet, AB’nin bağımsız bir politika alanı olarak kabul edilmiştir^[35]. Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın 191. maddesi^[36] kapsamında, bölgesel veya küresel çaptaki çevre sorunlarının çözülmesinin, Birliğin çevre politikasının temel hedefleri arasında sayılmasıyla, biyoçeşitliliğin

[32] Tuğba Tuncer et al., “Sürdürülebilir Kalkınma: Sanayi, Yenilikçilik ve Altyapı Hedefinde Türkiye’deki Gelişmeler”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2021, s. 31.

[33] R. Daniel Kelemen, “Globalizing European Union Environmental Policy”, *Journal of European Union Policy*, Cilt 17, Sayı 3, 2010, s. 335,338.

[34] Kemal Yaman ve Murat Gül, “Kuruluşundan Günümüze Avrupa Birliği’nin Çevre Politikası”, *Ekonomi, İşletme ve Yönetim Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2018, s.203-204.

[35] Treaty on European Union, *OJ of the European Communities* C191/1, 29.7.1992, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT:Art.130r> (Erişim Tarihi: 27.02.2023); Lisa A.Cave ve Glenn C.Blomquist, “Environmental policy in the European Union: Fostering the development of pollution havens?”, *Ecological Economics*, Cilt 65,2008, s.255.

[36] Treaty on the Functioning of the European Union(Consolidated version), *OJ C326, 26/10/2012, Art.191*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Erişim Tarihi: 28.02.2023)

korunarak İYT'le mücadele edilmesi hususlarının, Birliğin çevre politikası çerçevesinde erişilmesi gereken önemli hedefler haline geldiği söylenebilir^[37].

Kurucu Anlaşmalardaki çevreye ilişkin hükümlerle üye devletlerin takındıkları olumlu tutumun yanı sıra, AB'nin en başından beri, BM veya Avrupa Konseyi nezdinde gerçekleşen uluslararası çevre girişimlerine aktif olarak katılarak, çevrenin korunmasında, küresel çapta öncü bir rol oynamaya çalıştığı da gözden kaçırılmamalıdır^[38]. Bu bağlamda AT, "Bern Konvansiyonu" olarak da bilinen, Avrupa Konseyi'nin "Avrupa Yaban Hayatının ve Doğal Yaşam Alanlarının Korunması Sözleşmesini"^[39] 1979'da imzalamış ve ardından 1982'de ilgili Sözleşme, Topluluk Hukuku kapsamında yürürlük kazanmıştır. İşbu Sözleşmenin 11/2.b. maddesi, yerli türlerin tehdit altında olduğunu belirterek, imzacı tarafları, yerli türlerle habitatların korunması ve yabancı türlerin sıkı şekilde kontrol edilmesi için gerekli teknik ve idari tedbirleri alma, strateji ve politikalar ortaya koyma, yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Taraflar açısından bağlayıcı bir hüküm olan 11/2.b. maddesi gereğince işbu Sözleşme, AB'nin İYT'le sahada ve yasal düzlemde mücadele etmesinin yolunu hukuken açması bakımından önemli bir gelişmedir.^[40] Nitekim, Sözleşmede her ne kadar "İYT'den" açıkça bahsedilse de "yabancı türlerin" kontrol altında tutulmasına ilişkin olarak getirilen yükümlülüklerin, imzacı taraflardan biri olan AT'nda İYT'le mücadelenin Birlik Hukuku kapsamında hukuki alt yapısının oluşturulmasına kapı açtığı söylenebilir.

1992'ye gelindiğinde, BM Çevre ve Kalkınma Konferansı (Rio Zirvesi) kapsamında imzaya açılan "Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi

[37] Treaty on the Functioning of the European Union, Art.191.

[38] Chad Damro, "EU-UN Environmental Relations: Shared Competence and Effective Multilateralism" in K.V. Laatikainen ve K.E. Smith (Ed.), *Palgrave Studies in European Union Politics*, London: Palgrave Macmillan, 2006, (https://doi.org/10.1057/9780230503731_9), s. 175.

[39] European Communities (EC) *OJL* 38/3 of 10.2.1982, Convention on the conservation of European wildlife and natural habitats, [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21979A0919\(01\)&from=N](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21979A0919(01)&from=N) (Erişim Tarihi:9.03.2023).

[40] Sandra Jen, "The convention on the conservation of European wildlife and natural habitats (Bern, 1979): Procedures of application in practice", *Journal of International Wildlife Law & Policy*, Cilt 2, Sayı 2, 1999, s 224-238.

(CBD)^[41] AB tarafından aynı yıl imzalanarak,1993’de yürürlüğe girmiştir^[42]. CBD, insanlığın ve gezegenin geleceği için biyoçeşitliliğin korunmasıyla ekonomik, sosyal ve çevresel sürdürülebilirliğin sağlanması için neler yapılması gerektiğini ortaya koyan öncül nitelikte bir düzenlemedir. CBD, tarafları özellikle biyolojik kayıpların durdurulmasına yönelik önlemler almaya teşvik etmektedir. Bu özelliği sebebiyle, AB’nin çevre politikasının gelişimine önemli katkısı olduğu gözlemlenen CBD, özellikle biyoçeşitliliği, ekosistem, habitat ve yerli türleri önemli ölçüde tehdit eden unsurlardan biri olan “İYT’le mücadele” edilmesinin gereğini açıkça vurgulayan ilk uluslararası düzenleme olması bakımından önemlidir^[43].

Zamanla İYT’in, biyoçeşitlilik üzerindeki olumsuz etkileri belirginleştikçe, İYT’le mücadele, sürdürülebilirliğin gerçekleştirilmesi için de hayati öneme sahip temel hedefler arasındaki yerini sağlamlaştırmıştır. Nitekim, 2000’leden itibaren AB’nin, İYT’le mücadele hedefini açıkça ortaya koyarak, Birlik düzeyinde bu mücadeleyi destekleyici, teknik ve yasal alt yapı eksikliklerini belirleyip, bunları tamamlama çabalarını hızlandırdığı anlaşılmaktadır^[44].

2002’de CBD Taraflar Konferansı’nda (COP VI), “Ekosistemler, Habitatlar ve Türleri Tehdit Eden İYT’le Mücadelenin” teşviki amacıyla rehber ilkeler içeren bir Karar^[45] yayınlanmıştır. Tarafların geliştirecekleri stratejiler ve eylem planlarıyla İYT’le ulusal ve bölgesel anlamda yapacakları mücadeleyi teşvik etmeyi de hedefleyen bu Karar sonrasında bir adım daha ileriye

[41] Convention on Biological Diversity, United Nations, 1992, <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

[42] CBD, AB tarafından 1992’de imzalanmıştır. İmzacı taraflar için bkz. <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

[43] United Nations,CBD: Art.8/h.; Michael Ormsby ve Evan Brenton-Rule, “A review of global instruments to combat invasive alien species in forestry”, *Biological Invasions*, Cilt 19, 2017, s. 3355-3364.

[44] European Parliament, Resolution of 22May2007 on Halting the loss of biodiversity by 2010, *OJ EU*, C102E/117 of 24.4.2008, s. 122, <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:102E:0117:0127:EN:PDF> (Erişim Tarihi:10.03.2023); European Commission, 2008, op. cit., s.2-3.

[45] UN, CBD COPVI, “Decision VI/23 on Alien Species that threaten ecosystems, habitats and species”, 2002, <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7197> (Erişim Tarihi:22.03.2023)

gidilerek, 2003'te, AB'nin, Dünya Doğa ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği (IUCN) İstilacı Türler Uzman Grubunun, Avrupa ve Akdeniz Bitki Koruma Örgütünün (EPPO) ve diğer paydaşların katkılarıyla hazırlanan, "Avrupa İstilacı Yabancı Türler Stratejisi", Bern Konvansiyonu Daimî Komitesi tarafından onaylanmıştır. Bağlayıcı olmayan bu Strateji, Avrupa kıtasında İYT'den kaynaklanan sorunların çok eski yıllara dayandığını, ancak sorunun küreselleşme ve iklim değişikliğinin olumsuz etkileriyle birlikte yükselişe geçerek, acil yasal ve teknik önlemler alınması gereken çevresel sorunlardan biri haline geldiği vurgulayarak, bu konuda çeşitli yol haritaları ortaya koyması bakımından önemlidir^[46].

İYT'in gen çeşitliliği, yerli türler, habitatlar, ekosistemler ve biyoçeşitlilik üzerindeki olumsuz etkileri hakkında farkındalık arttıkça, AB'nin bu konudaki çalışmaları da hızlanmış ve İYT'le mücadele edilmesinin gereği, çeşitli Birlik belgelerine yansımıştır. Halen yürürlükte olan Yabancı ve Yerelde olmayan Türlerin Su Ürünleri Yetiştiriciliğinde Kullanılmasına İlişkin 11.Haziran.2007 tarihli ve 708/2007/EC sayılı Konsey Tüzüğü'nde^[47], İYT'in, yerli türleri ve biyoçeşitliliği tehdit eden önemli unsurlardan biri olduğu, CBD'ye de atıf yapılarak ifade edilmiştir. Çeşitli araştırmalar kapsamında özellikle su ürünleri yetiştiriciliğinde kullanılan yabancı türlerin, yetiştiricilerinin ellerinden kaçarak, çevre için tehdit oluşturabildiği tespit edildiğinden, 708/2007/EC sayılı Konsey Tüzüğü'nün giriş kısmında, ayrıca, su ürünleri faaliyetleri kapsamında yetiştirilen yabancı türlerin bu amaçla tutuldukları tesislerden kaçmalarını engelleyici tedbirlerin alınarak, çevresel, sosyal ve ekonomik sürdürülebilirliğe ilişkin risklerin en aza indirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

[46] Piero Genovesi ve Claire Shine, *European Strategy on Invasive Alien Species, Nature and Environment No. 137*, Strasburg: Council of Europe, 2004, s. 7-9 (ISBN 92-871-5488-0); Claire Shine, "Invasive Species in an International Context: IPPC, CBD, European Strategy on Invasive Alien Species and Other Legal Instruments", *EPPO Bulletin*, Cilt 37, Sayı 1, 2007, s. 103-113.

[47] European Council Regulation (EC) No.708/2007 of 11 June 2007 concerning use of alien and locally absent species in aquaculture, *OJ EU, L 168/1*, 28.6.2007, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0708&from=EN> (Erişim Tarihi: 21.9.2023).

1992/43/EEC sayılı Habitat Direktifinin^[48]; insan faaliyetleri sebebiyle doğal olmayan yollardan farklı habitatlara taşınan yabancı türlerin sayılarının, ekosistemleri değiştiremeyecekleri seviyede tutulmalarının gereğini özel olarak vurgulayan 2008/56/EC Deniz Stratejisi Çerçeve Direktifinin^[49] ve 2009/147/EC sayılı Yabani Kuşların Korunmasına İlişkin Direktifin^[50] de Birlik Hukuku bakımından, habitatların ve yerli türlerin korunması bağlamındaki diğer önemli düzenlemelerden olduğunu belirtmekte fayda vardır. Anılan işbu Direktiflerin ekleri kapsamında, çeşitli sebeplerle tehlike altında olan kırılgan ve nadir yerli türler ve habitatlarla, endemik türlerin belirlenerek listelendiği görülür. İlgili Direktifler, daha sonra AB çapında yerli türlerin ve habitatların korunması amacıyla oluşturulan bir çevre ağı olan “Natura 2000” adlı doğal çevre koruma alanlarının oluşturulmasına katkıda bulunsalar da ne Habitat Direktifinde, ne de Yabani Kuşların Korunmasına İlişkin Direktifte, yerli ve endemik türlerle habitatlar üzerinde baskı yaratan en önemli tehditlerden biri olduğu kabul edilen İYT’le mücadele edilmesine ilişkin açık ve özel bir hüküm bulunmamasının, AB Çevre Hukuku açısından önemli bir eksiklik oluşturduğu söylenebilir.

Avrupa Çevre Politikası Enstitüsü (IEEP), İYT ile mücadele yürütülmesinin, AB’nde biyoçeşitliliğin korunabilmesi için atılması gereken en önemli adımlardan biri olduğunu çeşitli kereler vurgulayarak, bu mücadeleyi destekleyecek idari ve yasal altyapının mevcut olmadığının da altını çizmiştir. IEEP, İYT’le mücadele kapasitesini güçlendirmek üzere ihtiyaç duyulan, Birlik düzeyinde tam uyumlu stratejik ve yasal altyapı hazırlanırken, bu

[48] European Council Directive, 92/43/EEC of 21May1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, *OJ EC L* 206/7, 22.7.92, <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0043> (Erişim Tarihi: 06.03.2023).

[49] Directive, 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17June2008 establishing a framework for community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive), *OJ EU L* 164/19, 25.6.2008, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0056&qid=1679989665057> (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

[50] Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30November2009 on the conservation of wild birds *OJ EU L* 20/7, 26.1.2010, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0147&qid=1678113725052> (Erişim Tarihi:6.03.2023).

düzenlemelerin istilacıların gelişlerinin önlenmesi, kontrolü, sürecin yönetimiyle çevre, ekonomi, insan sağlığı ve refahı üzerindeki zararların en aza indirilmesine odaklanmasının önemini de vurgulamıştır^[51].

2010'da CBD tarafları bir araya gelerek (COPX), CDB'nin biyçeşitliliğin korunması, sürdürülebilir kullanımıyla, adil ve eşit paylaşımı olarak özetlenebilecek hedeflerini gerçekleştirerek, doğayla uyumlu yaşamayı teşvik amacıyla, 2011-2020 yılları için bir yol haritası hazırlamışlar ve "Aichi Biyolojik Çeşitlilik Hedefleri" olarak adlandırılan bazı stratejik hedefler belirlemişlerdir. Aichi hedefleri içerisinde, biyçeşitliliğin korunması mücadelesinde bugün dahi geçerli bazı yapı taşlarını barındırır. Biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesinde doğrudan doğruya yabancı türlerle mücadelenin önemine odaklanan dokuz numaralı Aichi hedefi, 2020'ye kadar İYT'in içerisinde ilk etapta öncelikli olarak mücadele edileceklerle, bunların geçiş yollarının belirlenip, önceliklendirilen bu istilacıların kontrol altına alınarak, bölgeye girişlerinin ve yerleşmelerinin önlenmesi, bu yapılamadığı takdirde de yok edilmeleri için gerekli önlemlerin alınması hususlarını içerir^[52].

AB, insanlığın doğal sermayesi ve hayat garantisi niteliğinde olan biyçeşitliliğin korunması bağlamında 2020'ye kadar neler yapılması gerektiğini, 2011 yılında yayınlanan, 2020 Biyolojik Çeşitlilik Stratejisiyle ortaya koymaya çalışmıştır. Akıllı, kapsayıcı ve sürdürülebilir büyümeyi vurgulayan Avrupa Birliği 2020 Stratejisi'nde yer alan, kaynakların etkin kullanımı, yeşil ekonomiye geçiş gibi temel stratejik hedeflere atıf yapılarak hazırlanan, 2020 Biyolojik Çeşitlilik Stratejisi, biyçeşitlilik kayıplarının önlenerek,

[51] Claire Shine et al., *Technical support to EU strategy on invasive species (IAS) – Recommendations on policy options to control the negative impacts of IAS on biodiversity in Europe and the EU*, Brussels, Institute for European Environmental Policy (IEEP), 2009, s. 4, 13, 17-18, 30, 32. https://ieep.eu/wpcontent/uploads/2009/11/ias_recommendations.pdf (Erişim Tarihi:11.3.2023).

[52] CBD COPX, *Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity at its tenth meeting, XI/2, "The Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Benis N. Egoh et al., "Setting the scene for achievable post-2020 convention on biological diversity targets: A review of the impacts of invasive alien species on ecosystem services in Africa", Journal of Environmental Management, Cilt 261, 2020, s. 2, (doi.org/10.1016/j.jenvman.2020.110171). Targets", Nagoya, UNEP, 2010, s. 8-9, <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-02-en.pdf>;*

sürdürülebilirliğin temini amacıyla Birliğin üstendiği yükümlülükleri yerine getirebilmek adına İYT'le mücadele edilmesi gerektiğini özel olarak vurgulaması bakımından önemlidir. 2020 Biyolojik Çeşitlilik Stratejisi'yle aynı zamanda İYT'le Birlik düzeyinde topyekûn mücadele edilebilmesini destekleyecek kapsamlı bir Birlik politikasının olmadığına altı çizilerek, bu boşluğun konuya özel yasal düzenlemeler yapılması yoluyla çözümlenebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca İYT'le mücadele edilebilmesi için gerekli her türlü tedbirin 2020'ye kadar alınması da işbu Stratejiyle belirlenen Birlik hedefleri arasında sayılmıştır^[53]. Bu durum, İYT'le mücadelenin Birlik tarafından öncelendiğinin ve ileriki dönemlerde bu konuda Birlik düzeyinde yasal, teknik ve stratejik altyapı oluşturma çabalarının artacağına işaret niteliğindedir.

Biy çeşitlilik kayıplarının durdurulması bağlamında, İYT'in girişlerinin önlenip kontrol altına alınmalarının sağlanarak, istilacıların olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi hususu, Birliğin çevrenin ve insan sağlığının korunarak, hayat kalitesinin artırılmasına ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin gerçekleştirilmesine odaklandığı Çevre Eylem Programlarının (ÇEP) gündeminden de hiç düşmemiştir. Ancak dönemsel olarak hazırlanan ÇEP'lerin sonuç değerlendirme raporları incelendiğinde biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi ve İYT'le mücadele hedefleri doğrultusunda ilerleme kaydedilse de henüz tam olarak istenilen sonuçların elde edilemediğinin, bu uğurdaki çabaların devam etmesi gerektiğinin altının çizildiği anlaşılmaktadır^[54]. Özellikle 2013-2020 dönemini kapsayan 7. ÇEP değerlendirme raporunda, AB'nin, CBD ile üstlendiği sorumlulukları yerine getirebilmek

[53] European Commission, Europe 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM(2010), s. 3-4, 6, 14-15. European Commission, 2011-a, op. cit. s.1-3,6-7,15.

[54] European Community, Decision No.1600/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July, Laying down the Sixth Community Environment Action Programme, *OJ EC L 242/1*, 10.9.2002, s. 1,3, 8-10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002D1600> (Erişim Tarihi: 13.3.2023); European Commission (2011-b), The Sixth Community Environment Action Programme, COM(2011) 531, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0531>, (Erişim Tarihi: 13.3.2023); European Union, Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet', *OJ EU, L 354/171*, 28.12.2013, s.

adına çalışmalara devam etmesi gerektiğinin vurgulanarak, İYT'in, bitki, hayvan ve insan sağlığıyla, çevresel ve ekonomik sürdürülebilirlik üzerinde daha önceki dönemlerde tahmin edilenin çok üzerinde risk oluşturduğunun, bu sebeple İYT'le mücadeleye kararlılıkla devam edilmesi gerektiğinin altının çizildiği anlaşılmaktadır^[55]. AB'nin 2021-2030 dönemini kapsayan 8.ÇEP'nin değerlendirilmesi için hazırlanan ara dönem raporunda da biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesinin, sürdürülebilirliğin tesisi açısından önemi bir kere daha tekrar edilerek, biyçeşitlilik kayıplarını tetikleyen beş ana tehditte biri olan İYT'lerle mücadelenin ne derece önemli olduğu vurgulanmıştır^[56]. İYT'e yapılan bu vurgunun, AB'nin biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesinde bu mücadeleye verdiği önemin bir kanıtı niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

B) İSTILACI YABANCI TÜRLERE İLİřKİN 1143/2014 SAYILI KONSEY TŪZŪĐŪ

CBD kapsamında Birlik tarafından üstlenilen yükümlölüklerin de etkisiyle^[57], İYT'le mücadele edilerek, biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesi ve çevrenin korunmasına ilişkin ortaya konan tüm bu çabalar sonucunda, nihayet önemli bir aşama daha kaydedilerek, halen geçerliliğini koruyan “İstilacı

179, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013D1386> (Erişim Tarihi: 13.3.2023).

[55] European Commission (2019-a), Report on the evaluation of the 7th Environment Action Programme, COM233 final, 15.5.2019, s. 1-3,5, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0233&qid=1719821527482> (Erişim Tarihi: 13.3.2023).

[56] European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on the 8th Environment Action Programme Mid-Term Review, COM(2024)60 final, 13.3.2024, s. 12-13, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0123&qid=1719822322200> (Erişim:1.07.2024).

[57] Piero Gevonesi et al., “EU adopts innovative legislation on invasive species: a step towards a global response to biological invasions?”, *Biol Invasions*, Cilt 17, 2015, s. 1308 (DOI:10.1007/s10530-014-0817-8).

Yabancı Türlerin Girişlerinin ve Yayılmalarının Önlenmesi ve Yönetimine İlişkin 1143/2014 sayılı Tüzük^[58], 1 Ocak 2015'te yürürlüğe girmiştir.

İşbu Tüzük, yalnız ve sadece insan müdahalesiyle doğal ortamları dışına taşıyıp, biyoçeşitlilik, ekosistemler, insan sağlığı ve sürdürülebilir kalkınma için tehdit oluşturan İYT'le, Birlik düzeyinde mücadele edilmesinin yasal temelini oluşturması bakımından önemlidir^[59]. İYT'le mücadelede “önleme, erken uyarı ve hızlı müdahaleyle yönetim” şeklindeki üç ana faaliyet üzerine odaklanan, işbu Tüzük incelendiğinde dikkati çeken bir başka husus da dünya üzerinde pek çok İYT olduğunun belirtilip, bunların tamamıyla AB tarafından mücadele edilebilmesinin mümkün olmadığını altının çizilmiş olmasıdır. Bu özel vurgu sebebiyle, yalnızca AB açısından çevresel, ekonomik ve sosyal tehdit oluşturan İYT göz önüne alınarak hazırlanacak ve en az altı yılda bir güncellenecek “Birlik Listesinde (*Union List*)” yer alan İYT'le Birlik sınırlarında mücadelenin önceleneceği anlaşılmaktadır. Ayrıca eski hale getirmekten çok önleme üzerine odaklanan işbu Tüzük, bölgesel anlamda sınırlı dağılımı olan yabancı türlerle, halihazırda bölgeye gelmemiş, ancak gelecekte giriş yaparak istilacı hale gelme potansiyeli yüksek bulunan türlerin belirlenerek, bu mücadele kapsamına dahil edilmelerini de içerir. Bu durum, AB'nin İYT'le uzun soluklu bir mücadele hedeflediğinin açık bir kanıtıdır. İYT'e ilişkin üye devletlere önemli yükümlülükler getiren işbu Tüzüğün 11. maddesi kapsamında, ayrıca, bu mücadele sürecinde, üye devletlerin bölgesel ve ulusal çabalarıyla, üye devletler arası koordinasyon ve iş birliğinin desteklendiği de görülmektedir.

İYT'le mücadeleye ilişkin işbu yasal enstrümanın, Tüzük şeklinde yapılması da dikkat çeken bir diğer husustur. Böylelikle işbu Tüzük'le, Birlik düzeyinde bağlayıcı, tam uyumlu ve derhal uygulanabilir bir yasal düzenleme ortaya konarak, İYT'le etkili bir mücadele yürütülmesinde üye devletlere sorumluluk yüklenebilmesi kolaylaştırılarak, Birlik genelinde tam yeknesaklık sağlanmaya çalışılmıştır.

[58] Regulation (EU) No 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22.October.2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species, *OJEU L 317/35*, 4.11.2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R1143> (Erişim Tarihi:28.3.2023).

[59] İnsan müdahalesi olmadan doğal olarak habitat değiştiren göçmen türler, 1143/2014 sayılı Tüzük kapsamı dışındadır.

İşbu Tüzük'le ilgili olarak altı çizilmesi gereken bir başka konu da Birliğin bu mücadelede, bilimsel araştırma, koordinasyon ve iş birliğine dayanan “bilgi temelli yaklaşımı” benimsediğidir. Bu yaklaşım çerçevesinde, üye devletler, İYT'e ilişkin araştırma, izleme, önleme, farkındalık oluşturma, risk değerlendirmeleri yapıp öncelikli giriş yollarını belirleyerek, eylem planları ortaya koyma gibi faaliyetlere önem vererek, bu türlerin öncelikle-sınırlarda alınacak iş birliği ve koordinasyona dayalı eşgüdümlü önlemler vasıtasıyla bölgeye girişlerini önlemeye çalışacaklardır. Bu yapılamadığı taktirdeyse, girişlerin erken tespit edilerek, istilacı sayılarının kontrol altında tutulmasını veya imha edilmelerini sağlayacak önlemlerin orantılılık ilkesine uygun olacak şekilde alınarak, istilacıların yerleşme ve yayılmalarının önüne geçilmesi, böylelikle İYT'den kaynaklanan ekonomik, sosyal ve çevresel zararların en aza indirilmesi hedeflenmiştir. 1143/2014 sayılı Tüzük'le ortaya konan bir başka yenilik de üye devletler tarafından belirlenecek uzmanlardan oluşan “Bilim Forumu”dur. İYT'le mücadelede uzmanlıklarına başvurulacak Bilim Forumu, AB'nin istilacılarla mücadelesini bilime dayandırdığını ortaya koyması bakımından önemlidir. Ayrıca İYT'in Birliğe gelerek, yayılımlarının önlenmesi için, İYT'e dönüşme potansiyeli olan yabancı türlerin kullanılacağı faaliyetler açısından verilecek izinlere de önemli kısıtlamalar getirilmiştir^[60].

2012'de kamuya açık hale gelen ve AB genelinde İYT'le ilgili veri ve bilgi paylaşımını kolaylaştırarak, üye devletler arasında koordinasyon ve işbirliğini teşvik eden merkezi bilgi sistemi niteliğindeki “Avrupa Yabancı Türler Bilgi Ağının (*EASIN-European Alien Species Information Network*)” da 1143/2014 sayılı Tüzüğün etkili şekilde uygulanabilmesinde önemli bir araç olduğu söylenebilir^[61].

Son olarak 1143/2014 sayılı Tüzüğün etkin uygulanmasına yönelik olarak Avrupa Komisyonu tarafından dönem dönem “uygulama tüzükleri” ortaya konduğunu da söylemek gerekir. Risk değerlendirmesi yapılarak oluşturulan

[60] Gevonesi et al., op. cit., s.1308 ; Rob Tanner et al., “The prioritization of a short list of alien plants for risk analysis within the framework of the Regulation(EU) No.1143/2014”, *NeoBiota*, Cilt 35, 2017,s. 88-89 (doi:10.3897/neobiota.35.12366).

[61] Stelios Katsanevakis, et al., “Building the European Alien Species Information Network (EASIN): a novel approach for the exploration of distributed alien species data”, *BioInvasions Records*, Cilt 1, Sayı 4, 2012, s. 236-237, (doi <http://dx.doi.org/10.3391/bir.2012.1.4.01>); Regulation 1143/2014: Introduction 28.

İYT listesinin periyodik olarak güncellenerek bu uygulama tüzükleri kapsamında yayınlandığı ve bu yolla Birliğin İYT’le mücadelesine kararlı bir şekilde devam ettiğinin de altı çizilmelidir^[62].

C) SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİ DOĞRULTUSUNDA İSTİLACI YABANCI TÜRLERLE MÜCADELEDE SON DURUM

2015’te BM Genel Kurul’unda “Dünyamızı Dönüştürmek: Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Gündemi” ortaya konmuştur. Çevre sorunlarının yanında, ekonomik sorunlar, yoksulluk, açlık, sağlık, toplumsal cinsiyet eşitsizliği gibi sosyal sorunların çözüm yollarının birbirlerinden ayrı düşünülmemesi gerektiğinin altını çizen bu Gündem’le, 15 yıl içerisinde, insanlığın ve gezegenin geleceği için kritik önemde olan sorunların çözümüne katkı sağlayacak on yedi SDG’nin, gerçekleştirilmesine odaklanılmıştır. Tüm paydaşlar için kazan-kazan stratejisi olan bu hedeflerle, çevrenin korunmasına ilişkin bölgesel farklılıkların azaltıldığı, doğal kaynaklardan daha adil yararlanılan, daha barışçıl bir geleceğe doğru yol alınmasına ve küresel anlamda sürdürülebilir kalkınmanın tesisine katkı sağlayacak dönüştürücü bir rota çizildiği söylenebilir. SDG’lerin gerçekleştirilebilmesi için küresel iş birliğinin ve bu hedefler doğrultusunda tarafların ulusal mevzuatlarında yapacakları düzenlemelerin önemi de yadsınamayacaktır^[63].

Küresel arenada genel kabul gören SDG’lerin, sürdürülebilirliğin tesisi bağlamında AB’nin çeşitli strateji, politika ve yasal düzenlemelerine yansıdığı görülmektedir. Nitekim biyoçeşitlilik kayıplarının önlenmesi hedefi kapsamında AB tarafından büyük önem atfedilen İYT sorununun, “İklim Eylemi(SDG13), Sudaki Yaşam(SDG14), Karasal Yaşam(SDG15)” hedefleriyle yoğun ilişki içerisinde olduğu da anlaşılmaktadır. Ayrıca AB’nce benimsenen İYT’le mücadelenin tüm ortakların işbirliği ve koordinasyonu

[62] Carles Carboneras, et al., “A Prioritized list of invasive alien species to assist the effective implementation of EU legislation”, *Journal of Applied Ecology*, Cilt 55, 2018, s. 540, 543-546, (DOI: 10.1111/1365-2664.12997).

[63] United Nations, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, General Assembly Resolution, A/RES/70/1, 2015, s. 1,3, <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 4.02.2023); Sabine Weiland et al., “The 2030 Agenda for Sustainable Development: Transformative Change through the Sustainable Development Goals?”, *Politics and Governance*, Cilt 9, Sayı 1, 2021, s. 90-92.

altında yapılması prensibi de “Amaçlar için Ortaklıklar(SDG17)” hedefiyle doğrudan bağlantılıdır. Diğer yandan, İYT’le mücadelenin biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesine sağlayacağı katkılar, tarım, hayvancılık, balıkçılık gibi ekonomik faaliyetlerin aksamadan sürdürülmesini de beraberinde getireceğinden, istilacılarla mücadelenin AB tarafından öncelenen “Yoksulluğa Son(SDG1), Açlığa Son(SDG2), Sağlık ve Kaliteli Yaşam(SDG 3), İnsana Yakışır İş ve Ekonomik Büyüme(SDG 8), Sürdürülebilir Şehirler ve Topluluklar(SDG 11), Sorumlu Üretim ve Tüketim(SDG 12)” hedefleriyle de ekonomik ve sosyal boyutta doğrudan ilişkili olduğu anlaşılır.

Tüm bunların yanı sıra, AB tarafından BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, BM 2030 Ajandası, 17 SDG ve Aichi Hedefleriyle uyumlu şekilde ortaya konup, iklim ve çevre sorunlarıyla topyekûn mücadele edilerek, hem AB’ni ekonomik, çevresel ve sosyal açıdan daha sürdürülebilir ve çevreyle tam uyumlu hale getirmek, hem bu konularda toplumsal farkındalık oluşturmak, hem de Avrupa kıtasını, gezegenin ilk iklim-nötr kıtası yapmak amacıyla 2019’da “Yeşil Mutabakat (*Green Deal*)” belgesi ortaya konmuştur. AB, bir yeşil büyüme stratejisi olan Yeşil Mutabakat’la, temelde 2050 yılına kadar sürdürülebilir, kapsayıcı ve karbon-nötr bir ekonomiye dönüşümü tamamlayarak sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Yeşil Mutabakat’ta İYT’le mücadeleden açıkça bahsedilmese de Avrupa’nın doğal sermayesi olarak kabul edilen biyçeşitliliğin korunmasına verdiği önem sebebiyle, Yeşil Mutabakat’ın Birliğin İYT’le mücadele politikasına dolaylı yoldan katkı sağlayacağı söylenebilir^[64].

2020’ye gelindiğinde AB’nin ekosistemlerin, habitatların ve türlerin üzerindeki baskıların hafifletilip, biyçeşitlilik kayıplarının durdurularak, çevresel sürdürülebilirliğin sağlanması çabalarında bir adım daha ileri giderek, 2030 Biyçeşitlilik Stratejisi’ni ortaya konmuştur. Bu Strateji incelendiğinde, alınan tüm tedbirlere rağmen, insan faaliyetlerinin olumsuz etkileri sebebiyle, yaban hayatın toparlanmakta zorluk çekerek yeryüzünde kapladığı alanın küçülmeye devam ettiğinin tespit edildiği görülmektedir. İYT’in, doğal hayatı olumsuz etkileyerek biyçeşitlilik üzerinde tehdit oluşturan en önemli etmenlerden biri olduğunun bir kere daha açıkça vurgulandığı bu

[64] European Commission (2019-b), The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM 640 final, s. 2-3,13, https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d1651c2211ea8c1f01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 7.02.2023); Hermoso et al., s. 264.

Stratejide, yerel, bölgesel, ulusal, uluslararası ve Birlik düzeyinde kurulacak güçlü iş birlikleri sayesinde, istilacılara ilişkin bireysel ve toplumsal farkındalığın artırılması hedeflenmektedir. AB, aynı zamanda bu Strateji ile 2030 yılına kadar doğa ile uyumlu bir yaşam şekline dönüşümün sağlanarak, BM 2030 Ajandası kapsamında yürütülecek çalışmalara öncü olarak, uluslararası topluma liderlik etme niyetini de açıkça belli etmektedir^[65].

Biyçeşitlilik kayıplarının önlenmesinde İYT’le mücadeleye ayrı bir yer ayıran 2030 Biyçeşitlilik Stratejisinde, istilacıların yalnızca çevrenin korunması ve eski haline geri getirilmesi çabalarını baltalamadığı, aynı zamanda yerli türler, habitat ve ekosistemlere, dolayısıyla, ekonomiye zarar verdiği; giriş yaparak yerleştiği yeni habitatlardaki canlıların henüz bağımsızlık geliştiremediği yeni bulaşıcı hastalıkların bölgeye taşınmasına sebep olarak bitki, hayvan ve insanlar da dahil canlı sağlığını tehdit edebildiği belirtilmiştir. 2030 Biyolojik Çeşitlilik Stratejisinde ayrıca, İYT’le mücadele edilerek bu istilacılar sebebiyle nesilleri tehlikeye düşen ve korunması öncelikli türler kapsamında “Kırmızı Listeye^[66]” giren türler üzerindeki tehdittin %50 oranında azaltılmasının da somut bir hedef olarak ortaya konduğu görülmektedir^[67].

AB’nin de katıldığı BM Montreal Biyçeşitlilik Zirvesinde (COP15), biyçeşitliliğin korunması bağlamında 2030’a kadar gerçekleştirilmesi planlanan 23 hedef içeren bir çerçeve antlaşma ortaya konmuştur. “Kunming-Montreal Küresel Biyçeşitlilik Çerçevesi” olarak adlandırılan bu çerçeve antlaşmayla, biyçeşitliliğin korunmasının, gezegenimizin ve insanlığın geleceği için hayati öneme sahip olduğu bir kere daha teyit edilmiştir. Bağlayıcı olmayan işbu Çerçeve Antlaşma, biyçeşitlilik kayıplarının durdurulmasında İYT’le mücadelenin önemine değinmesi bakımından önemlidir. Nitekim altı numaralı hedef, halihazırdaki İYT’le potansiyel istilacıların biyçeşitlilik ve ekosistemler üzerindeki mevcut ve gelecekteki olumsuz etkilerinin, küresel

[65] European Commission, 2020, s. 2-3,6,19.

[66] Uluslararası Doğa Koruma Birliği’nin (IUCN) hazırladığı “Red List (Kırmızı liste)” hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.iucnredlist.org/about/background-history>.

[67] European Commission, 2020, s. 14-15.

iş birliği çerçevesinde alınacak tedbirlerle, 2030'a kadar en az %50 oranında azaltılmasını içerir^[68].

COP15'te konuşan von der Leyen, ortaya konan hedeflerin belirlenmesinde AB'nin büyük çaba sarf ettiğini belirterek, uluslararası camianın önünde artık doğanın korunarak, eski hale getirilmesi ve sürdürülebilirliğin sağlanması için izlenmesi gereken bir yol haritası bulunduğunu belirtip, AB'nin belirlenen hedefler kapsamındaki öncü rolünü devam ettirmeye kararlı olduğunun ve AB'nin Yeşil Mutabakat sayesinde küresel yeşil ekonomiye dönüşüm sürecindeki öncül rolünü koruyacağını altını çizmiştir^[69].

D) TÜRKİYE'DE İSTİLAÇI YABANCI TÜRLERLE YASAL DÜZLEMDE MÜCADELENİN TEMELLERİ

Anayasamızda İYT'le mücadeleye ve/veya biyçeşitliliğin korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yeni nesil (üçüncü kuşak) insan haklarından biri olan çevre hakkı, bu hakka verilen önem gereği, Anayasal güvence altına alınarak, Anayasamızın 56. maddesinde “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir...” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle Türk Hukukunda çevre hakkının, çevrenin korunarak insanların doğayla uyumlu ve sağlıklı bir hayat sürmeleri temel hedefi doğrultusunda, uygulamaya çeşitli şekillerde yansıdığını söyleyebiliriz. Ayrıca Anayasamızdaki bu düzenleme çerçevesinde çevre sağlığının korunması, çevrenin geliştirilmesi ve kirlenmesinin önlenmesi ödevlerinin, Devlete ve vatandaşlara yüklendiği de anlaşılmaktadır^[70]. Bunun

[68] United Nations, *15/4 Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (COP15)* 19.12.2022, s. 4,10, <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-04-en.pdf> (Erişim Tarihi: 29.8.2023); Aynur Demir, “Birleşmiş Milletler Montreal Biyolojik Çeşitlilik 15. Taraflar Toplantısı (COP 15) Kilit Sonuçların “30x30” Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Tabiat ve İnsan*, Cilt 2, Sayı 194, 2023, s. 7-11.

[69] European Commission, Statement by President von der Leyen on the Kunming-Montreal Biodiversity Agreement, 19.12.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7827 (Erişim Tarihi: 29.8.2023).

[70] Kemal Dadak, “Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 5, 2015, s. 312-314, 321; Oya Boyar, “Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma”,

dışında İYT'le mücadelenin, henüz özel bir yasal düzenleme kapsamında Türk Hukukuna yansımadığını, bu sebeple, Anayasamızın 56. maddesinin, biyoçeşitliliğin korunması amacıyla İYT'le mücadelenin de temellerini oluşturduğu söyleyebilir. Dolayısıyla, Türk Hukukunda İYT'le mücadele edilmesi yükümlülüğünün temellerini -Anayasamızın 56.maddesiyle uyumlu olarak-devlete ve halihazırdaki kuşaklara yüklenen ve gelecek nesillere sürdürülebilir nitelikte, sağlıklı bir çevre bırakma yükümlülüğü olarak da ifade edebileceğimiz çevre hakkından aldığı söylenebilir. Öte yandan, İYT'le mücadele edilerek biyoçeşitliliğin korunması hususu, küresel düzeyde olduğu gibi, yerelde de büyük öneme sahiptir. Nitekim bu mücadele, özellikle ilgili bölgedeki yerel halkın, yerli türlerden elde ettiği ekonomik, sosyal ve bireysel kazanımları devam ettirebilmek yoluyla refah seviyesini koruyarak bireysel çıkarlarını olduğu kadar, toplumsal düzeydeki kollektif çıkarlarını da gerçekleştirebilmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Bu sebeple, İYT'le mücadelenin, çevrenin, biyoçeşitliliğin ve yerli türlerin korunarak sürdürülebilirliğin sağlanması açısından toplumun ortak çıkarlarının gerçekleştirilmesine yaptığı katkı göz önüne alındığında, Türk Hukukunda konunun, kamu yararının korunması perspektifinden ele alınması gerektiği söylenebilecektir. Bu bağlamda, çevrenin üstün kamu yararı kapsamında korunması gereği deniz, göl, akarsu kıyılarının, toprağın ve yeraltı kaynaklarının, meraların, bitki ve tarım ürünlerinin olduğu kadar, İYT'le mücadele edilerek biyoçeşitliliğin ve yerli türlerin korunmasına ilişkin eylemlerin de yasal temelleri, Anayasamızın 43-44 ve 45.maddelerinde düzenlenen kamu yararına dayanır^[71].

Türk Hukukunda çevrenin korunmasına yönelik olarak yapılan ilk özel yasal olan 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda AB müktesebatına uyum çabaları sonucunda 2006'da yapılan değişikliklerle^[72] çevrenin sürdürülebilir kalkınma hedefleri doğrultusunda korunmasına ve biyoçeşitliliğin korunmasına çeşitli

İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 4, 2021, s. 1943-1946 (DOI: 10.26650/mecmua.2020.78.4.0007).

[71] Kemal Dadak, op. cit., s.321; Ümit Güveyi, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 635, (ISSN.2146-0590); Münici Çakmak, "Biyolojik Çeşitliliğin Hukuken Korunması ve Kamu Yararı", *AÜHF*, Cilt 57, Sayı 1, 2008, s. 150-151, 161.

[72] Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2023, s. 48-49.

kereler atıfta bulunulduğu görölmektedir. İYT’le mücadele hususunun gerek sürdürülebilirliğin temini gerekse de biyçeşitililiğin korunması açısından kilit çevresel konulardan biri olduğu düşünöldüğündeysel, istilacılarla mücadele kapsamında Çevre Kanunundan da yararlanılabileceği söylenebilecektir.

Türk Hukukunda, İYT’le mücadelede yararlanılabilecek, çevrenin korunmasına ilişkin mevcut ulusal düzenlemelere ek olarak, çevre hakkının uluslararası hukukla derin bağı sebebiyle, bu konuda Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan faydalanmak da mümkündür^[73]. Nitekim tür çeşitliliği bakımından hayli zengin olan Türkiye, tıpkı AB gibi, biyçeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kalkınma hedefleri kapsamında mevcut ve gelecekteki kuşaklara ilişkin kendine düşen payı gerçekleştirebilmek adına, taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla pek çok yükümlölük üstlenmiştir.

Ölkemizde İYT’le mücadele edilmesine yasal alt yapı oluşturan uluslararası antlaşmalardan biri, Avrupa Yaban Hayatının ve Doğal Yaşam Alanlarının Korunması Sözleşmesi’dir. 1984’te Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren işbu Sözleşme’nin 11/2/b. maddesiyle, Türkiye’nin, yerli olmayan türlerin öлкеye getirilmelerinin kesin kontrol altına alınması yükümlölüğünü üstlenerek, İYT’le mücadelede yararlanılabilecek yasal alt yapı kulesine bir tuğla daha koyduğu söylenebilecektir.

Türkiye’nin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir başka yükümlölüğu de CBD’nin Türkiye tarafından kabul edilmesiyle belirmiştir. Özellikle insan kaynaklı biyçeşitlilik kayıplarının artması sebebiyle gündemdeki yerini bugün dahi koruyan ve imzacı taraflara bağlayıcı yükümlölükler getiren CBD’nin 8/h.maddesi kapsamında Türkiye’nin, biyçeşitliliğin korunması hedefi doğrultusunda ekosistemler, habitatlar ve türler üzerinde büyük tehdit oluşturan yabancı türlerle mücadelenin bir parçası olmayı taahhüt ettiği görölmektedir^[74].

AB’ye aday bir öлке olarak Türkiye’nin Birlik müktesebatına uyum çalışmaları, “Çevre ve İklim Değişikliği” başlığı altındaki 27.Fasıl müzakereleri çerçevesinde devam etmektedir. Ancak ölkemizde biyçeşitliliğin korunması bağlamında İYT’le mücadele çerçevesindeki uyum çalışmaları incelen-diğinde, özellikle habitatlar ve türlerle ilgili envanterlerin hazırlanmamış

[73] Oya Boyar, op. cit., s. 1943.

[74] Hayırsever Topçu, op. cit., s. 59, 81-83.

olması, habitat ve tür izleme sistemlerinin henüz kurulmaması gibi teknik altyapı eksikliklerinin yanında, İYT’le mücadele edilmesine yönelik özel düzenlemelerin de henüz yapılmamış olmasından kaynaklanan yasal altyapı eksikliklerinin olmasının, İYT’le ulusal mücadelemizi olumsuz etkileyerek, biyoçeşitlilik kayıplarının azaltılması çalışmalarını yavaşlattığını görmekteyiz. 27.Fasılın Türkiye açısından başarılı bir şekilde kapatılabilmesi için yapılması gereken diğer çalışmaların yanında İYT’le mücadeleye ilişkin teknik ve yasal altyapı eksikliklerinin de bir an önce giderilmesi ülkemiz açısından özel öneme sahiptir^[75]. Ülkemizde yerleşik İYT’lere ilişkin -tıpkı AB’nde olduğu gibi- kurulacak bir risk değerlendirme sistemiyle yapılacak analizler sonucu oluşturulacak, -öncelikle mücadele edilmesi gereken- İYT listelerinin, bu istilacılarla mücadeleyi kolaylaştırarak, ülkemizi İYT sorununu çözmeye yaklaştırabileceği öngörülmektedir. Bu bağlamda, Tarım ve Orman Bakanlığı Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü tarafından BM Kalkınma Programının iş birliği ile yürütülen Denizel İstilacı Yabancı Türler Projesi (MARIAS) kapsamında, sucul ve karasal alanlardaki İYT’leri izleme, yönetme ve önlemeye yönelik veri akışını sağlayacak bir sistem olan “Türkiye Ulusal İstilacı Yabancı Türler Veri ve Bilgi Sisteminin” kurulması, bu mücadelede Türkiye’nin elini güçlendireceğinden, ülkemiz açısından umut vericidir^[76].

[75] UÇES, *AB Entegre Çevre Uyum Stratejisi:2007-2023*, Ankara, Çevre ve Orman Bakanlığı, 2006, s. 48-51. https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/2_turkiye_ab_iliskileri/2_2_adaylik_sureci/2_2_8_diger/ab_entegre_cevre_uyum_stratejisi.pdf:6 (Erişim Tarihi: 15.9.2023).

[76] T.C. Tarım, Orman Bakanlığı, Su Ürünleri Merkez Araştırma Enstitüsü Müdürlüğü, 8.5.2024 tarihli haber, <https://arastirma.tarimorman.gov.tr/sumae/Haber/411/Turkiye-Ulusal-Istilaci-Yabanci-Turler-Veri-Ve-Bilgi-SistemiOlusturuldu#:~:text=Denizel%20%C4%B0stilac%C4%B1%20Yabanc%C4%B1%20T%C3%BCrler%20Projesi,y%C3%B6netilmesine%20ve%20%C3%B6nlenmesine%20yard%C4%B1mc%C4%B1%20olacakt%C4%B1r> (Erişim Tarihi: 1.7.2024).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Biyçeşitlilik kayıplarının en aza indirilmesi ve sürdürülebilirliğin tesisi için İYT'le mücadelede küresel anlamda birlikte hareket etmek hayatidir. Bu gerçekliğe rağmen, AB ve Türkiye'nin taraf olduğu CBD kapsamında, devletlerin kendi sınırları içerisindeki bio-kaynakları üzerindeki hakimiyetleri açıkça tanınmıştır. Devletlere tanınan bu hakimiyetin, İYT'le mücadelenin önünde bir bariyer oluşturmaması için devletlerin, İYT'le mücadelenin başarıya ulaşarak biyçeşitliliğin korunabilmesi için uluslararası koordinasyon ve iş birliğinin bir seçim değil, zorunluluk olduğunu unutmadan, bir yandan ulusal strateji ve mevzuat çalışmalarını hızlandırırken, diğer yandan da devletler arası iş birliğini artıracak çalışmalara ağırlık verilmesi gerekmektedir^[77]. Bu sebeple, uluslararası güçlendirilmiş işbirlikleri ve üst düzey diyalog yöntemleri oluşturularak, ortaya konacak uygulanabilirliği yüksek ortak stratejilere, politikalara, mücadelenin etkinliğini artıracak uyumlu teknik ve yasal alt yapı çalışmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, İYT sorununun temellerine ve sebep olduğu sıkıntılara ilişkin birey, toplum ve devletlerin, bilgi ve farkındalıklarının artırılarak, İYT'in yayılımlarını tetikleyen gıda üretimi ve tüketimi; ticaret, taşımacılık, ulaşım, tarım, hayvancılık, şehircilik gibi konularda sahip oldukları tutum, davranış ve alışkanlıklarını değiştirmelerinin, doğayla uyumlu bir şekilde, doğaya zarar vermeden yaşamayı öğrenmelerinin sağlanması, gezegenimizin sürdürülebilirliğinin sağlanarak, mevcut ve gelecekteki kuşakların sağlıklı bir çevrede yaşayabilmeleri bakımlarından önemlidir^[78].

AB'nin ve ülkemizin taraf olduğu CBD ile Aichi'nin 9 numaralı hedefi kapsamında, pek çok küresel aktör, biyçeşitliliğin korunabilmesi için 2020'ye kadar İYT'in engellenmesi amacı doğrultusunda, İYT'in geliş yollarının tespit edilerek, giriş ve yerleşmelerinin engellenmesiyle, öncelikle mücadele edilmesi gereken İYT'in belirlenip kontrol ve yok edilmelerine odaklansa da, istilacılarla mücadele kapsamında halihazırda Birlik çapında doğrudan uygulanabilir nitelikte özel yasal düzenlemeye sahip olan AB dahiye devletlerin milli menfaatlerindeki farklılıklar sebebiyle-bu mücadelede tam yol ilerleyememektedir. Bu durum AB tarafından çeşitli kereler ifade edilerek, hem çevrenin korunmasına ayrılan bütçenin yeterli olmamasının,

[77] Hayırsever Topçu, op. cit., s. 81.

[78] EEA,2020, op.cit., s. 3.

hem de Birliğin ortaya koyduğu çevre mevzuatının üye devletler tarafından etkili bir şekilde uygulanmamasının, İYT'le mücadelenin başarısını olumsuz etkilediğinin, bu durumun Birlik ekonomisine maliyetininse yıllık 55 milyar Avro civarında olduğunun altının çizildiği görülmektedir^[79].

BM tarafından biyoçeşitliliğin korunması bağlamında düzenlenen 15. Taraflar Toplantısında, biyoçeşitlilik kayıplarının durdurularak sürecin tersine çevrilmesi hedefi doğrultusunda, uluslararası iş birliği çerçevesinde hareket edilerek, günümüzde küresel bir sorun haline gelen İYT'le mücadelenin öneminin tekrarlandığı görülmektedir. Bu Toplantıda ayrıca, 2023'e kadar İYT'in yerleşme oranlarının %50 oranında azaltılmasının da hedeflendiği anlaşılmaktadır^[80].

Tüm bu gayretlere rağmen pek çok çevre sorunsalıyla mücadelede olduğu gibi İYT'le sahada ve yasal düzlemde mücadele konusunda gerek ülkemizin gerekse de AB'nin karşısında önemli kısıtlar olduğu anlaşılmaktadır. İYT'le etkin mücadeleyi mümkün kılacak nitelikteki ortak strateji, politika ve yasal düzenlemelerin eksikliği; önlem, denetim ve yaptırımların yetersizliği; devletlerin bu mücadeleye kaynak aktarımında çekimser davranmaları ve istilacılarla mücadelede kullanılacak maddi ve beşeri kaynakların kısıtlılığı; ulusal ve uluslararası düzeydeki aktörlerin menfaat farklılıkları ve çıkar çatışmaları, devletlerin önceliklerinin ve ulusal çıkarlarının farklılığı gibi sebeplerin varlığının bu mücadelede elzem nitelikte olan uluslararası koordinasyon ve iş birliğini olumsuz yönde etkilemesi; bilgi paylaşımı, farkındalık ve bilinçlendirme faaliyetlerinin eksikliği vb. sebeplerle İYT'le mücadelede, uluslararası kamuoyu oluşturulmasında yaşanan zorluklar; sınırlarda biogüvenlik konusunda alınan tedbirlerin yetersizliği bu kısıtlardan bazılarıdır^[81].

[79] European Union, .Decision 2022/591 of the European Parliament and of the Council of 6.April.2022 on a General Union Environment Action Programme to 2030, *OJ EU L* 114, 12.4.2022, s. 22-23, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022D0591> (Erişim Tarihi:16.3.2023).

[80] Demir, op. cit., s. 7, 10-11.

[81] Hayıresever Topçu, op. cit., s. 77; IPBES, *Summary for policymakers of the thematic assessment of invasive alien species and their control of the Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, Helen E. Roy, Anibal Pauchard, Peter Stoett, Tanara Truong Renard, Sven Bacher, Bella S. Galil, Philip E. Hulme, Ikeda Tohru, Kavileveertil V. Sankaran, Melodie A. McGeoch, Laura A. Meyerson, Martin A. Nuñez, Alejandro Ordonez, Sebataolo J. Rahlao, Evangelina Schwindt, Hanno

Biyoeitlilik kayıplarının önlenmesi temel hedefi doğrutusunda, İYT'le mücadele konusunda belirlenen hedeflerin tutturulabilmesi için, devletler, uluslararası örgütler, özel sektör, STK'lar, yerel yönetimler tarafından yapılacak faaliyetlerle toplumun her kesiminde farkındalık oluşturulması; uluslararası bilgi paylaşımı, işbirliği, maddi-beşeri kaynak aktarımı ve koordinasyonun güçlendirilmesi; yapıcı çözüm önerileri ortaya konularak, bu çözüm yollarının küresel çapta topyekûn uygulanmasının temini için ortak politika ve strateji belgelerinin hazırlanması; ulusal mevzuat boşluklarının tespit edilip tamamlanarak uluslararası koordinasyon içerisinde uygulamalarının sağlanması; mevcut yasal düzenlemelerin uygulamada aksayan yönlerinin tespit edilerek giderilmesi çalışmalarının yapılması; yasal alt-yapının etkili denetim ve yaptırım mekanizmalarıyla desteklenmesi; ve nihayetinde de gezegenimizin ve insanlığın geleceğini tehdit eder hale gelen beş önemli çevresel sorun arasında olduğu genel kabul gören İYT sorununun etkili çözümü için risk değerlendirmeleri yapılarak sadece AB ve Türkiye özelinde değil, küresel anlamda topyekûn mücadeleye devam edilmesi gerekli ve önemlidir.

Seebens, Andy W. Sheppard, and Vigdis Vandvik, (eds), Bonn, IPBE Secretariat, 2023 (doi.org/10.5281/zenodo.7430692), s. 4-5.

KAYNAKÇA

- Boyar, Oya. “Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 4, 2020, s. 1921-1957 (DOI: 10.26650/mecmua.2020.78.4.0007).
- Caffrey, Joe M, Baars, Barbour, Boets, Boon, Davenport, Dick, Early, Edsman, Gallagher, Gross, Heinimaa, Horrill, Hudin, Hulme, Hynes, MacIssac, McLoone, Millane, Moen, Moore, Newman, O’Conchuir, O’Farrell, O’Flynn, Oidtmann, Renals, Ricciardi, Roy, Shaw, Van Valkenburg, Weyl, Williams, and Lucy, “Tackling invasive alien species in Europe: The top 20 issues.” *Management of Biological Invasions*, Cilt 5, Sayı 1, 2014, s. 1-20, (doi: <http://dx.doi.org/10.3391/mbi.2014.5.1.01>).
- Carboneras, Carles, Piero Genovesi, Montserrat Vilà, Tim M. Blackburn, Martina Carrete, Miguel Clavero, Bram D’hondt, et al. “A Prioritised list of invasive alien species to assist the effective implementation of EU legislation.” *Journal of Applied Ecology*, Cilt 55, 2018, s. 539-547 (DOI:10.1111/1365-2664.12997).
- CBD COPX, *Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity at its tenth meeting, X/2, “The Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets”*, Nagoya, UNEP, 2010, <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-02-en.pdf> (Erişim Tarihi: 30.3.2023).
- Cave, Lisa A., Glenn C.Blomquist, “Environmental policy in the European Union: Fostering the development of pollution havens?”, *Ecological Economics*, Cilt 65, 2008, s. 253-261.
- Çakmak, Münci, “Biyolojik Çeşitliliğin Hukuken Korunması ve Kamu Yararı”, *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 1, 2008, s.133-166.
- Çörtoğlu, Feza Sencer, “Avrupa Birliği İklim Politikasının Bütünleşmesinde Sürdürülebilir Kalkınmanın Etkisi.”, *Contemporary Research in Economics and Social Science*, Cilt 3, Sayı 1, 2019, s.196-216.
- Dadak, Kemal, “Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 5, 2015, s. 309–326.

- Damro, Chad, “EU-UN Environmental Relations: Shared Competence and Effective Multilateralism” in K.V. Laatikainen ve K.E. Smith (Ed.), *Palgrave Studies in European Union Politics*, London: Palgrave Macmillan, 2006, s. 175-192, (https://doi.org/10.1057/9780230503731_9).
- Demir, Aynur. “Birleşmiş Milletler Montreal Biyolojik Çeşitlilik 15.Taraflar Toplantısı (COP15) Kilit Sonuçların “30x30” Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Tabiat ve İnsan*, Cilt 2, Sayı 194, 2023, s. 5-15.
- Egoh, Benis N., Ntshotsho Phumza, Maoela Malebajoa A., Blanchard Ryan, Ayompe Lacour M., Rahlao Sebataolo, “Setting the scene for achievable post-2020 convention on biological diversity targets: A review of the impacts of invasive alien species on ecosystem services in Africa”, *Journal of Environmental Management*, Cilt 261, 2020, s. 1-8, (doi.org/10.1016/j.jenvman.2020.110171).
- Erken, Kamil, Salih Parlak ve Mustafa Yılmaz, “Endemik Taksonların Korunması ve Tür Koruma Eylem Planları”, *Ağaç ve Orman*, Cilt 3, Sayı 1, 2022, s. 33-46.
- Erten, Sinan, “Uluslararası Düzeyde Yükselen Bir Değer Olarak Biyolojik Çeşitlilik”, *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, 2004, s. 98-105.
- European Commission (EU) 2001/264 of 15 May 2001, A sustainable Europe for a better world: A European Union strategy for sustainable development, Commission’s proposal to the Gothenburg European Council, <https://aei.pitt.edu/42719/> (Erişim Tarihi: 11 Mart 2023).
- European Commission (EU), 2008/789 of 3.12.2008, Letter to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Towards an EU Strategy on Invasive Species, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC2887&qid=1698774928752> (Erişim Tarihi:10.03.2023).

- European Commission, Europe 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM(2010),<https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf> (Erişim Tarihi: 24.3.2023).
- European Commission (EU) (2011-a), 2011/244 of 3 Mayıs 2011 Letter to the European Parliament, the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions Review of Our Life Insurance, our Natural Capital: An EU Biodiversity Strategy to 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0244> (Erişim Tarihi: 10.10.2023).
- European Community, (2011-b), Decision No.1600/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July, Laying down the Sixth Community Environment Action Programme, *OJ EC L 242/1*, 10.9.2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002D1600> (Erişim Tarihi:13.3.2023).
- European Commission (2019-a), Report on the evaluation of the 7th Environment Action Programme, COM233 final, 15.5.2019, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0233&qid=1719821527482> (Erişim Tarihi: 13.3.2023).
- European Commission (2019-b), The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM 640 final,https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d1651c2211ea8c1f01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 7.02.2023).
- European Commission (EU), 2020/380 of 20 May 2020, Letter to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing Nature Back Into Our Lives, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a3c806a6-9ab3-11ea-9d2d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

- European Commission, Statement by President von der Leyen on the Kunming-Montreal Biodiversity Agreement, 19.12.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7827 (Erişim Tarihi: 29.8.2023).
- European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on the 8th Environment Action Programme Mid-Term Review, COM(2024)60 final, 13.3.2024, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0123&qid=1719822322200> (Erişim:1.07.2024).
- European Communities (EC) *OJ L* 38/3 of 10.2.1982, Convention on the conservation of European wildlife and natural habitats, [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21979A0919\(01\)&from=N](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21979A0919(01)&from=N) (Erişim Tarihi:9.03.2023).
- European Community, Decision No.1600/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July, Laying down the Sixth Community Environment Action Programme, *OJ EC L* 242/1, 10.9.2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002D1600> (Erişim Tarihi:13.3.2023).
- European Council Directive, 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conversation of natural habitats and of wild fauna and flora, *OJ EC L* 206/7, 22.7.92, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0043> (Erişim Tarihi: 06.03.2023).
- European Council Regulation (EC) No.708/2007 of 11 June 2007 concerning use of alien and locally absent species in aquaculture, *OJ EU, L* 168/1, 28.6.2007, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0708&from=EN> (Erişim Tarihi: 21.9.2023).
- European Environment Agency (EEA), “Habitats and Species: Main Pressures and Threats”, 2020, <https://www.eea.europa.eu/themes/biodiversity/state-of-nature-in-the-eu/habitats-and-species-mainpressures> (Erişim Tarihi: 8.02.2023).

- European Parliament, Resolution of 22May2007 on Halting the loss of biodiversity by 2010, *OJ EU*, C102E/117 of 24.4.2008, <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:102E:0117:0127:EN:PDF> (Erişim Tarihi:10.03.2023).
- Directive, 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17June2008 establishing a framework for community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive), *OJ EU L* 164/19, 25.6.2008, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0056&qid=1679989665057> (Erişim Tarihi: 28.03.2023).
- Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30November2009 on the conservation of wild birds *OJ EU L* 20/7, 26.1.2010, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0147&qid=1678113725052> (Erişim Tarihi:6.03.2023).
- European Union, Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 ‘Living well, within the limits of our planet’, *OJ EU, L* 354/171, 28.12.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013D1386> (Erişim Tarihi:13.3.2023).
- European Union, .Decision 2022/591 of the European Parliament and of the Council of 6.April.2022 on a General Union Environment Action Programme to 2030, *OJ EU L* 114, 12.4.2022, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022D0591> (Erişim Tarihi:16.3.2023).
- Feran, Burçin ve İtri Levent Erkol, “Beyşehir Gölü Havzası’ndaki Nesli Tehlike Altındaki Balık Türlerini Koruma Planı”, İzmir, Doğa Derneği, 2018, <https://www.dogadernegi.org/wpcontent/uploads/2020/06/beysehir-golu-korumaplani.pdf> (Erişim Tarihi: 21.3.2023).
- Gemi Balast Suyu ve Sedimanlarının Kontrolü ve Yönetimi Hakkında Uluslararası Sözleşme, 2004, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140828-1-1.pdf> (Erişim Tarihi:1.09.2023).

- Genovesi, Piero ve Claire Shine, *European Strategy on Invasive Alien Species, Nature and Environment No.137*, Strasburg, Council of Europe, 2004, (ISBN 92-871-5488-0).
- Gevonesi, Piero, Carles Carboneras, Montserrat Vilà, Paul Walton, “EU adopts innovative legislation on invasive species: a step towards a global response to biological invasions?”, *Biol Invasions*, Cilt 17, 2015, (DOI:10.1007/s10530-014-0817-8).
- Gülle, İskender, Fahrettin Küçük ve Salim Serkan Güçlü, “Dünden Bugüne Beyşehir Gölü (Isparta-Konya, Türkiye) Balıkçılığı ve Durum Analizi.” *Acta Aquatica Turcica*, Cilt 18, Sayı 4, 2022.
- Güneş, Ahmet M. *Çevre Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 5.Baskı, 2023.
- Güveyi, Ümit. “1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili” *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 633-659.
- Habel, Jan C., Livia Rasche, Uwe A. Schneider, Jan O. Engler, Erwin Schmid, Dennis Rödder, Sebastian T. Meyer, Natalie Trapp, Ruth Sos del Diego, Hilde Eggermont, Luc Lens, Nigel E. Stork. “Final Countdown for Biodiversity Hotspots” *Journal of the Society for Conservation Biology*, Cilt 12, Sayı 6, 2019, (<https://doi.org/10.1111/conl.12668>).
- Haubrock Phillip J., Anna J. Turbelin, Ross N. Cuthbert, Ana Novoa, Nigel G. Taylor, Elena Angulo, Liliana Ballesteros-Mejia, et al. “Economic costs of invasive alien species across Europe”, *NeoBiota*, Cilt 67, 2021, s. 153-190, (doi: 10.3897/neobiota.67.58196).
- Hayırsever Topçu, Ferhunde, “Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya” *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2012, s. 57-97.
- Hermoso, V., Carvalho, S.B., Giakoumi, S. Goldsborough, D., Katsanevakis, S. Leontiou, S. Markantonatou, V. Rumes, B. Vogiatzakis, I.N. Yates, K.L. “The EU Biodiversity Strategy for 2030: Opportunities and challenges on the path towards biodiversity recovery”, *Environmental Science and Policy*, Cilt 127, 2022, s. 263–271.

- IPBES, “Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services”, Zenodo, 25 Kasım 2019, (<https://doi.org/10.5281/zenodo.3553579>).
- IPBES, Summary for policymakers of the thematic assessment of invasive alien species and their control of the Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, Helen E. Roy, Anibal Pauchard, Peter Stoett, Tanara Truong Renard, Sven Bacher, Bella S. Galil, Philip E. Hulme, Ikeda Tohru, Kavileveettil V. Sankaran, Melodie A. McGeoch, Laura A. Meyerson, Martin A. Nuñez, Alejandro Ordonez, Sebataolo J. Rahlaolao, Evangelina Schwindt, Hanno Seebens, Andy W. Sheppard, and Vigdis Vandvik, (Eds.), Bonn, IPBE Secretariat, 2023 (doi.org/10.5281/zenodo.7430692).
- IUCN, “Denizel İstilacı Yabancı Türler”, MEDPAN Network Stratejisi, 2013, <https://www.istilacilar.org/wpcontent/uploads/2020/06/DenizelIstilaciYabanciTurlerMedpanNetworkStratejisi.pdf> (Erişim Tarihi:16.02.2023).
- IUCN, (Uluslararası Doğa Koruma Birliği) “Red List (Kırmızı liste)”. <https://www.iucnredlist.org/about/background-history> (Erişim Tarihi: 21.9.2023).
- Jen, Sandra, “The convention on the conservation of European wildlife and natural habitats (Bern, 1979): Procedures of application in practice” *Journal of International Wildlife Law & Policy*, Cilt 2, Sayı 2, 1999, s. 224-238 (DOI:10.1080/13880299909353929).
- Karagöz, Alptekin, Kürşat Özbek ve Nurgül Sarı, “Türkiye’nin Bitkisel Biyolojik Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2016, s.88-99.
- Katsanevakis, Stelios, Konstantins Bogucarskis, Francesca Gatto, Jochen Vandekerckhove, Ivan Deriu and Ana Cristina Cardoso, “Building the European Alien Species Information Network (EASIN): A novel approach for the exploration of distributed alien species data”, *BioInvasions Records*, Cilt 1, Sayı 4, 2012, s. 235-245.

- Kayhan, Figen Esin ve Nazan Deniz Yön Ertuğ, “Türkiye Kıyılarında İstilacı Zehirli Balon Balığı (*Lagocephalus sceleratus* Gmelin, 1789)”, *Doğanın Sesi*, Cilt 4, Sayı 8, 2021, s. 35-46.
- Kelemen, R.Daniel, “Globalizing European Union Environmental Policy”, *Journal of European Public Policy*, Cilt 17, Sayı 3, 2010, s. 335-349.
- Levdokymov, Viktor, Oksana Oliinyk, Dymytrii Grytsyshen, Valentyna Ksendzuk, Galyna Nord, “The New Geological Epoch, “Anthropocene,” as a Result of Human Economic Activity”, *Comparative Economic Research, Sciendo*, Cilt 21, Sayı 3, 2018, s. 131-149 (doi:10.2478/cer-2018-0023).
- Lowe S., Browne M., Boudjelas S., De Poorter M., “100 of the World’s Worst Invasive Alien Species A selection from the Global Invasive Species Database”, Auckland, The Invasive Species Specialist Group (ISSG–IUCN), 2000, <http://www.iucngisd.org/gisd/pdf/100English.pdf> (Erişim Tarihi:21.02.2023).
- Myers, Norman, Russell A. Mittermeier, Christina G. Mittermeier, Gustavo A.B. daFonseca, Jennifer Kent, “Biodiversity Hotspots for Conservation Priorities.” *Nature*, Cilt 403, 2000, s. 853-858.
- Ormsby, Michael ve Evan Brenton-Rule. “A review of global instruments to combat invasive alien species in forestry”, *Biol Invasions*, Cilt 19, 2017, s. 3355-3364 (DOI 10.1007/s10530-017-1426-0).
- Hüseyin Önen, “İstilacı Yabancı Türler ve İstila Süreçleri”, in Hüseyin Önen (Ed.) Türkiye İstilacı Bitkiler Kataloğu, Ankara, T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğu Bitki Sağlığı Araştırmaları Daire Başkanlığı, 2015, (ISBN: 978-605-9175-05-0).
- Öztekin Alpaydın, Mine, “Göl ve İnsan: Beyşehir Gölü Çevresinde Doğa-Kültür İlişkisi Üzerine Antropolojik Bir İnceleme”, *Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi*, Cilt 5, Sayı 9, 2022, s. 296-300.
- Regulation(EU)No.1143/2014 of 22.October.2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species, *OJ EU L 317/35*, 4.11.2014, <https://eurlex.europa.eu/>

[legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R1143](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R1143) (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

Regulation (EU) No 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22.October.2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species, *OJ EU L* 317/35, 4.11.2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R1143> (Erişim Tarihi:28.3.2023).

Satar, İsa ve Gül Güneş, “Türkiye’nin Biyolojik Çeşitlilik Sıcak Noktaları”, *Tabiat ve İnsan*, Cilt 48, Sayı 185, 2014 (ISSN1302-1001:21-34).

Shine, Clare, Nattley Williams ve Lothar Gündling. “A Guide to Designing Legal and Institutional Frameworks on Alien Invasive Species”, Gland, The World Conservation Union (IUCN), 2000, <https://portals.iucn.org/library/node/7768> (Erişim Tarihi:9.02.2023).

Shine, Clare, “Invasive Species in an International Context: IPPC, CBD, European Strategy on Invasive Alien Species and Other Legal Instruments”, *EPPO Bulletin*, Cilt 37, Sayı 1, 2007.

Shine Clare, Kettunen Marianne, tenBrink Patrick, Genovesi Piero, Gollasch Stephan, *Technical support to EU strategy on invasive species (IAS) – Recommendations on policy options to control the negative impacts of IAS on biodiversity in Europe and the EU*, Brussels, Institute for European Environmental Policy (IEEP), 2009, https://ieep.eu/wpcontent/uploads/2009/11/ias_recommendations.pdf (Erişim Tarihi: 11.3.2023).

Shlaim, Avi, “The Paris Summit”, *The World Today*, Cilt 28, Sayı 12, 1972

Şen, Ersan. “Avrupa Birliği Çevre Hukuku”, *İÜSBFD*, Cilt 6, 1994.

Şimşek, G. Engin, “Protection of Biodiversity in Turkey”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 34, Sayı 1, 2014.

Tanner, Rob, Etienne Branquart, Giuseppe Brundu, Serge Buholzer, Daniel Chapman, Pierre Ehret, Guillaume Fried, Uwe Starfinger, Johan van Valkenburg, “The prioritisation of a short list of alien plants for risk analysis within the framework of the Regulation (EU)1143/2014”, *NeoBiota*, Cilt 35, 2017 (doi: 10.3897/neobiota.35.12366).

- T.C. Tarım, Orman Bakanlığı, Su Ürünleri Merkez Araştırma Enstitüsü Müdürlüğü, 8.5.2024 tarihli haber, <https://arastirma.tarimorman.gov.tr/sumae/Haber/411/Turkiye-Ulusal-Istilaci-Yabanci-TurlerVeriVeBilgiSistemiOlusturuldu#:~:text=Denizel%20%C4%B0stilac%C4%B1%20Yabanc%C4%B1%20T%C3%BCrler%20Projesi,y%C3%B6netilmesine%20ve%20%C3%B6nlenmesine%20yard%C4%B1mc%C4%B1%20olacakt%C4%B1r> (Erişim Tarihi: 1.7.2024).
- Treaty of Rome, 25.03.1957, <https://netaffair.org/documents/1957-rome-treaty.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).
- Treaty on European Union, *OJ EC C191/1*, 29.7.1992, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT> (Erişim Tarihi:27.02.2023).
- Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version), *OJ, C 326*, 26/10/2012,<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Erişim Tarihi:28.2.2023).
- Tuncer, Tuğba, Aykut Sezgin, Murat Dulupçu, “Sürdürülebilir Kalkınma: Sanayi, Yenilikçilik ve Altyapı Hedefinde Türkiye’deki Gelişmeler”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2021.
- UÇES, *AB Entegre Çevre Uyum Stratejisi:2007-2023*, Ankara, Çevre ve Orman Bakanlığı, 2006,https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/2_turkiye_ab_iliskileri/2_2_adaylik_sureci/2_2_8_diger/ab_entegre_cevre_uyum_stratejisi.pdf (Erişim Tarihi:15.9.2023).
- United Nations, Convention on Biological Diversity (CBD), 1992, <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf> (Erişim Tarihi:28.2.2023).
- United Nations, Convention on Biological Diversity (CBD), List of Parties, 1992, <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> (Erişim Tarihi: 1.09.2023).
- United Nations, CBD COPVI, Decision VI/23 on Alien Species that threaten ecosystems, habitats and species, 2002, <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7197> (Erişim Tarihi: 22.3.2023).

- United Nations, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, General Assembly Resolution, A/RES/70/1,2015, <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi:4.02.2023).
- United Nations, 2022,*15/4 Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, Decision adopted by the Conferece of the Parties to the Convention on Biological Diversity (COP15)*, 19.12.2022,<https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-04-en.pdf> (Erişim Tarihi:29.08.2023).
- Uysal, İrfan ve Bülent Boz, *Türkiye'deki En Tehlikeli İstilacı Yabancı Türler ve Türkiye'deki Zehirli Denizel Yabancı Türler*, Ankara, T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı, Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü, 2.Baskı, 2018 (ISBN: 978-605-9550-21-5).
- Walton P, Eaton M, Stanbury A, Hayhow D, Brand A, Brooks S, Collin S, Duncan C, Dundas C, Foster S, Hawley J, Kinninmonth A, Leatham S, Nagy Vizitiu A, Whyte A, Williams S. and Wormald K., “State of Nature Report Scotland”, 2019, <https://www.nature.scot/sites/default/files/2019-10/State-ofnatureReport-2019-Scotland-full-report.pdf> (Erişim Tarihi:6.02.2023).
- Tilman, David, Michael Clark, David R Williams, Kaitlin Kimmel, Stephen Polasky, Craig Packer, “Future Threats to biodiversity and pathways to their prevention.” *Nature*, Cilt 546, 2017 (Doi: 10.1038/nature22900).
- Türkeş, Murat, “Küresel İklim Değişikliği nedir? Temel Kavramlar, Nedenleri, Gözlenen ve Öngörülen Değişiklikler”, *İklim Değişikliği ve Çevre*, Cilt 1, 2008.
- Weiland Sabine, Hickmann Thomas, Lederer Marcus, Marquaerdt Jens, Schwindenhammer Sandra, “The 2030 Agenda for Sustainable Development: Transformative Change through the Sustainable Development Goals?”, *Politics and Governance*, Cilt 9, Sayı 1, 2021, (Doi:10.17645/pag.v9i1.4191).

Yaman, Kemal, Murat Gül, “Kuruluşundan Günümüze Avrupa Birliği’nin
Çevre Politikası”, *Ekonomi, İşletme ve Yönetim Dergisi*, Cilt 2,
Sayı 2, 2018.

Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi

Ziya KOÇ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi Başkanı, ziyakoc@yahoo.com. **ORCID:** 0000-0002-0160-1997.

Makale geliş tarihi: 26 Ocak 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Haziran 2024

Atf önerisi: Koç, Ziya, “Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.139-185. **DOI:** 10.30915/abd.1425937.

TÜRK VE ALMAN MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA OLASI KAST HÜKÜMLERİNİN MÜŞTEREK FAİLLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Suçun birden çok fail tarafından, ortak suç işleme kararına dayanarak birlikte işlenmesi mümkündür. Müşterek faillik olarak adlandırılan bu iştirak statüsünde, her bir fail haksızlık ile doğrudan temas halinde olup; bir iş bölümü çerçevesinde hareket etmektedir. Böylece suçun işlenmesi daha kolay bir hale gelmektedir.

Olası kast hükümlerinin müşterek faillik bakımından uygulanması gündeme gelebilir. Faillerin işlemeyi kararlaştırdıkları fiilin icrası esnasında, bir başka suçu işlemeleri halinde, suç ortaklarının ne şekilde sorumlu tutulacağı meselesi uygulamada ve doktrinde tartışılmaktadır. Konu ile ilgili Alman Federal Yüksek Mahkemesi ile Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır.

Ortak suç işleme kararı çerçevesinde hareket eden faillerin, özellikle üçüncü kişiler yönünden riziko yaratan eylemlerini birlikte gerçekleştirdikleri esnada, bunu göze almak suretiyle kabullendikleri, eylem planının vazgeçemedikleri durumlarda müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Ortak suç işleme kararına bu riskler dâhil olduğundan meydana gelen netice bakımından da birlikte sorumlu olacakları kabul edilmelidir.

Olası kast, istisnai bir durum olması sebebiyle dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Fiilin ortak karar dışında başka bir kişiye yönelen istenmeyen sonuçlarının kabullenildiği ve göze alındığının tespitinde dikkatli davranılması gerekir. Suçun maddi ve manevi unsurları ile birlikte, failin içinde bulunduğu ruhsal durum önem arz etmektedir. Suça iştirakin koşulları çerçevesinde inceleme yapılarak, olası kastın unsurlarının belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: olası kast, iştirak, haksızlık, müşterek faillik, bilinçli taksir.

EVALUATION OF DOLUS EVENTUALIS PROVISIONS IN THE LIGHT OF TURKISH AND GERMAN COURT DECISIONS IN TERMS OF CO-PERPETRATION

ABSTRACT

It is possible for the offence to be committed jointly by more than one perpetrator based on a common decision to commit an offence. In this participation status, which is called co-perpetrator, each perpetrator is in direct contact with the wrongdoing and acts within the framework of a division of labour. Thus, it becomes easier to commit the offence.

The application of the provisions on dolus eventualis may come to the agenda in terms of co-perpetration. The issue of how the perpetrators will be held responsible if the perpetrators commit another crime during the execution of the act they decided to commit is discussed in practice and doctrine. There are different decisions of the German Federal Supreme Court and the Court of Cassation on the subject.

It is possible for perpetrators who act within the framework of a joint decision to commit a crime to be held responsible as joint perpetrators, especially in cases where they accept this by taking the risk and do not give up their action plan, while they carry out their actions together that create risks for third parties. Since these risks are included in the joint decision to commit a crime, it should be accepted that they will be jointly responsible for the outcome.

Dolus eventualis should be interpreted narrowly as it is an exceptional case. Care must be taken in determining that the undesirable consequences of the act directed against another person other than the joint decision have been accepted and taken into consideration. Along with the objective and subjective elements of the offence, the mental state of the perpetrator is important. The elements of dolus eventualis should be determined by examining within the framework of the conditions of participation in the offence.

Keywords: dolus eventualis, participation, injustice, co-perpetration, conscious negligence.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suçlar, kural olarak doğrudan faili esas olarak düzenlenmiştir. Ancak, tek kişi tarafından işlenen bir suçun, birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi de mümkündür. Suçun meydana gelmesine katkıda bulunarak suça iştirak halinde, katkının derecesine göre fail ve şerik olarak sorumluluk statüleri belirlenir.

İştirak halinde işlenen suçlar, genellikle doğrudan kast ile işlenebilen suçlardır. Ancak olası kast ile suça katılmak da mümkündür. Bir suçun işleneceğini öngörmesine rağmen katkıda bulunarak suçun işlenmesine kayıtsız kalınması veya bu durumun kabullenilmesi suretiyle suça iştirak edilebilir.

Türk ve Alman mahkeme kararlarında, olası kast hükümlerinin müşterek failer yönünden değerlendirildiği kararlar bulunmaktadır. Somut olaylara ilişkin, doktrinde ve uygulamada haksızlığın olası kast veya bilinçli taksirle işlendiğine dair tartışmalara rastlanmaktadır. Ceza hukuku doktrininin en çetrefilli alanlarından biri olan olası kast-bilinçli taksir ayrımı burada da karşımıza çıkmaktadır. Uygulama ve doktrin arasındaki görüş farkları Türk ve Alman hukukunda devam etmektedir. Bu sebeple, konu ile ilgili görüş ayrılıklarının tespiti ve uygulamanın meseleye bakışının ele alınmasında yarar vardır. Somut vakalar üzerinden tespitte bulunarak hangi hallerde olası kast veya bilinçli taksirin söz konusu olabileceğini, iştirak hükümlerinin uygulama alanı ile birlikte değerlendirmekte yarar vardır.

Bu çalışmada, öncelikle kast ve müşterek faillğe ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir. Konunun daha iyi anlaşılması için olası kastın kapsamını belirlemeye yönelik görüşlere, olası kast ve bilinçli taksir ayrımına değinilecektir. Alman mahkeme kararları ile Yargıtay'ın örnek kararları üzerinden uygulama ve doktrindeki görüşler incelenecektir.

I. KAST HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Suçun unsurları incelenirken, öncelikle maddi unsurlarına vurgu yapılır. Doktrinde suçun maddi unsurları; fail, mağdur, konu, hareket, netice (kanuni tarifte yer verilmesi durumunda), nedensellik bağı şeklinde tanımlanmıştır. Ancak, suçun unsurları bunlardan ibaret değildir. Bir davranışın tipte tarif edilen haksızlığı gerçekleştirebilmesi bakımından manevi unsurların da varlığı aranır^[1].

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder. Manevi bağı kurulamadığı durumlarda bir haksızlığın varlığından söz edilemez. Ancak tipikliğin manevi unsurlarının bulunması halinde fiil, failine sübjektif olarak isnat edilebilir. Bu nedenle, maddi unsurlar suçun dış cephesini, başka bir deyişle objektif boyutunu teşkil etmekte; manevi unsurlar ise kişinin iç dünyasına ait olup suçun sübjektif boyutunu oluşturmaktadır^[2].

Suçların kasten işlenmesi kuraldır; taksirli şekilleri ise kanunda düzenlenmesi halinde mümkündür. Bu sebeple, kast, her suçun zorunlu bir unsurunu oluşturur. TCK'nin 21 inci maddesinde “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” denilerek bu husus izah edilmiştir.

Alman hukukunda, benzer şekilde, kanunda açıkça düzenlenmesi durumunda suçların taksirli formu kabul edilmektedir (Alman Ceza Kanunu veya Al. CK § 15). Kural olarak, suçlar doğrudan kast ile işlenebilir ancak olası kast ile işlenmesi mümkündür^[3].

Alman hukukunu incelediğimizde, kanunlaştırmalarda kast veya olası kast tanımına yer verilmediğini görmekteyiz^[4]. 1871 tarihli Kanun ile 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nda bir tanımlamaya gidilmemiştir. Bu

[1] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023, s. 112.

[2] M. Emin Artuk *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 17. Baskı, 2023, s. 405; Celal Hakan Kan, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu*, Ankara, Akademisyen, 1. Baskı, 2023, s. 255.

[3] Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*, Heidelberg, C. H. Beck, 30. Baskı, 2019, § 15, Rn. 72.

[4] Mark Deiters, “Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess”, *ZIS, Cilt, 14, Sayı, 7-8, 2019*, https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1308.pdf (Yayın Tarihi: 8.01.2024), s. 401.

yöndeki tüm girişimler de başarısızlıkla sonuçlanmıştır^[5]. Kanun koyucu, kastı tanımlamak yerine bunu uygulamaya ve doktrine bırakmıştır^[6].

Alman hukukundan farklı olarak, hukukumuzda kast tanımlanmıştır. Kanun koyucu TCK'nın 21 inci maddesinin birinci fıkrasında kastın tanımına yer vermiştir. Buna göre, “kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”.

Doktrinde kast, benzer şekilde, “tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi” olarak tanımlanmıştır^[7].

Kimi yazarlara göre, kastta isteme unsuruna yer verilmesine gerek yoktur. Tipikliğin maddi unsurlarının bilinmesinin kastın varlığı bakımından yeterli olduğu; istemenin kastın bir unsuru olmadığı ileri sürülmüştür^[8].

Kast ve taksir zorunlu olarak bir kişiye karşı işlenen fiilde bir arada bulunamaz. Aynı hareketle, aynı suç tipi bakımından ve aynı konu veya mağdurla ilgili olarak, aynı anda kasten ve taksirle hareket edilemez^[9].

Kastın kapsamına neyin girdiği, TCK'nın 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında izah edilmiştir. Buna göre; “filin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz”. Böylelikle, kastın kapsamına suçun kanuni tarifinde yer alan maddi

-
- [5] Greg Taylor, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Sayı, 1, Bahar 2004, s. 101.
- [6] Helmut Satzger, “Der Vorsatz, einmal näher betrachtet”, *Juristische Ausbildung (Jura)*, Cilt, 2, 2008, s. 112. Benzer şekilde, İsveç ceza hukukunda kastı tanımlayan bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kastın tanımı ve unsurları uygulamaya bırakılmış, içtihat hukuku uyarınca kastın tanımı ve çeşitleri belirlenme yoluna gidilmiştir. Ebba Lekvall ve Dennis Martinsson, “The Mens Rea Element of Intent in the Context of International Criminal Trials in Sweden”, <https://www.open-access.bcu.ac.uk/11832/1/PUBLISHED%20VERSION.pdf> (Yayın Tarihi: 15.01.2024), s. 105.
- [7] Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 22. Baskı, 2022, s. 239.
- [8] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023, s. 234. Doktrinde, kastta isteme unsuruna yer vermenin Roma hukukundan gelen bir durum olduğu izah edilmiştir. Taylor, “Concepts of Intention”, s. 110.
- [9] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 148.

unsurların girdiği, suçun maddi unsurlarının bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi halinde, suçun kasten işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kastın konusu tipiklikte yer verilen yazılı olsun veya olmasın objektif nitelikteki tüm unsurlardır.

Kastın bilme unsuru failin işlendiği sırada mevcut olmalıdır (Simultaneiteprinzip) ve tipiklikte öngörülen tüm unsurları kapsmalıdır. Başka bir deyişle, bu unsurların fail tarafından öngörülmesi^[10] ve istenmiş olması gerekir^[11].

Kastın, failin neticeyi meydana getirmeye yönelik fiili gerçekleştirdiği sırada bulunması yeterlidir. Bu nedenle, hazırlık hareketleri aşamasındaki kast, failin doğrudan doğruya icrasına başlanmadığı sürece tek başına failin cezalandırılması için yeterli değildir. Keza, neticenin ortaya çıktığı ana kadar kastın varlığını koruması aranmaz. Kastın, failin neticeyi meydana getirmeye yönelik fiili gerçekleştirdiği sırada bulunması yeterlidir^[12].

Kast, doktrinde, doğrudan kast (dolus directus) ve olası kast (dolus eventualis) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Doğrudan kast, failin hareketinin suç tipini gerçekleştirdiğini bilmesi veya kesin olarak öngörmesi halinde söz konusudur^[13]. Buradaki bilme, gerçek yaşamda somut olaydaki unsurları, olayın içinde bulunduğu şartları bilmektir. Somut olaydaki unsurların suç normundaki unsurlara uygun olup olmadığı kovuşturma sırasında tespit edilecektir^[14].

[10] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 239. Benzer bir durum Al. CK açısından söz konusudur. Al. CK § 16'da, hata hükümleri bağlamında kastın kapsamına suçun maddi unsurlarının girdiği ve bu unsurlarda yapılacak bir hatanın kastı ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Ancak, Alman hukukunda uygulamada ve doktrinde bu tarifile bağlı kalınmadığı görülmektedir. Taylor, "Concepts of Intention", s. 101.

[11] Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2023, s. 438.

[12] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 240.

[13] Johannes Wessels ve Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C. F. Müller, 39. Baskı, 2009, § 7 II 3, Rn. 213. Ingeborg Puppe, "Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis", *ZStW*, Cilt, 103, Sayı, 1, 1991, s. 1.

[14] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 245.

Doğrudan kastta, kastın bilme unsuru belirgindir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin bu bilgi kesin ve tam bir biçimde gözükmemektedir. Suçun kanuni tipinin gerçekleştiği failin bilgisi dâhilindedir ve kesin olarak bunu öngörmektedir^[15].

Failin fiili ile hedeflediği asıl netice doğrudan kastın kapsamına girdiği gibi, hareketinin sonucunda meydana gelmesi muhakkak olan neticeler de bu kapsamdadır^[16]. Failin hareketinin zorunlu veya kaçınılmaz yan neticelerinden de fail, doğrudan kastı ile sorumludur. Ancak, hareketin sonucu olarak gerçekleşen neticenin fail tarafından kesin olarak öngörülmesi gerekir. İhtimal veya olası görülen neticeler doğrudan kast kapsamında değerlendirilmeyecektir^[17].

TCK'da bazı suçların doğrudan kast ile işlenebileceği öngörülmüştür. Kanuni tarifte “bilerek”, “bildiği halde”, “öngörmesine rağmen”,

[15] M. Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2023, s. 458.

[16] Doktrinde doğrudan kastın iki dereceli olarak incelendiği görülmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, birinci derecede doğrudan kast, kastın en yoğun hali olup fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya fiilinin sonucunda gerçekleşeceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Ayrıca, fail söz konusu maddi unsurların gerçekleştirilmesi amacıyla hareket etmektedir. Özellikle ulaşılmak istenen netice, failin hedefini oluşturmaktadır. Ancak burada ulaşılmak istenen tipik neticenin failin nihai amacı olup olmadığının bir önemi yoktur. Mühim olan tipik neticenin meydana getirilmesi amacı ile hareket edilmiş olmasıdır. Örneğin, mirasından yararlanmak için babasını öldüren failin nihai amacı, mirası elde etmektir. Fail bu nihai amaca ulaşmak için ara amaç olarak ölüm neticesini meydana getirmiş olabilir. Bu durumda fail, birinci dereceden doğrudan kast ile hareket etmektedir. İkinci dereceden doğrudan kastı ise, fail harekete başladığı anda suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya gerçekleşebileceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Esasen netice failin maksadına dahil olmamakla beraber, fail amacına ulaşmak için ona zorunlu olarak bağlı bulunan tipik neticeyi de gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, ikinci dereceden doğrudan kastla meydana gelen netice, yan netice niteliğindedir. Failin gerçekleştirmek maksadıyla hareket ettiği neticelere zorunlu olarak bağlı olan bu neticelerin hedeflenen neticelerden ayrılması mümkün olmadığından, bu neticeler bakımından da kastı doğrudan kast kapsamında değerlendirilir. Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 420-421; Taylor, “Concepts of Intention”, s. 107.

[17] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 247.

“karşılaşmasına rağmen” gibi ifadelere yer verilmişse, bu suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilir; olası kast ile işlenemez. Kanunda bu tabirlerin kullanılması ile failin tipe ait unsurları kesin olarak bildiği kabul edilmektedir^[18].

Olası kast, TCK'nin 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*”.

Olası kast doktrinde farklı terimlerle ifade edilmiştir: “dolaylı kast”^[19], “dolayısıyla kast”^[20], “muhtemel kast”^[21], “gayrı muayyen kast”^[22], “belirsiz kast”^[23], “belirli olmayan kast”^[24] şeklinde de isimlendirilmektedir. Ancak doktrinde ve uygulamada kabul gören terim “olası kast”tır^[25].

Olası kast, doktrinde, “*failin suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların gerçekleşebileceğini ciddi bir şekilde mümkün görmesine rağmen, fiili işlemek suretiyle tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmesi*” olarak tanımlanmıştır^[26].

[18] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 170.

[19] Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s. 413.

[20] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992, s. 311.

[21] Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2023, s. 510.

[22] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 461.

[23] İçel, *Genel Hükümler*, s. 442.

[24] Terimler için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2018, s. 295.

[25] Sulhi Dönmezer *et al.*, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt, II, İstanbul, DR, 15. Tıpkı Baskı, 2021, s. 482; Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 422; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 247; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 29. Baskı, 2024, s. 225; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 171; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 510.

[26] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 171; benzer bir tanım için bkz. Wessels-Beulke, *Strafrecht*, Rn. 214.

Doğrudan kastta olduğu gibi, olası kastta bir suçun kanuni tarifindeki maddi unsurların gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmektedir. Ancak, olası kastta farklı olarak bu unsurların gerçekleşmesi muhakkak değil muhtemel olarak görülmektedir. Bu nedenle, olası kast, hukuki niteliği itibarıyla kast kavramının sınırında bir kavram olarak kabul edilmekte ve isteme unsuru bakımından zayıf bir görünüm arz etmektedir^[27].

Olası kastta bilme unsuru, doğrudan kastta olduğu gibi belirgin değildir; görece daha düşüktür. Muhtemel kabul edilen unsurlar, suçun kanuni tanımındaki netice ile sınırlı değildir. Suçun diğer maddi unsurlarına ilişkin muhtemel bir bilgi de olası kast kapsamındadır. Doktrinde, bu durum her iki kast türü arasında bilme unsuruna yönelik yoğunluk farkı olarak izah edilmiştir^[28].

II. OLASI KASTIN UNSURLARI

Olası kastın unsurlarının belirlenmesi, hangi hallerde olası kastın gerçekleştiğinin belirlenmesi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, doktrinde bilme (tasavvur-Wissenstheorien), isteme (irade-Willenstheorien) teorileri olarak iki başlık altında incelenmektedir.

Bilme teorileri imkân (olanak veya Möglichkeitstheorie) ve olasılık teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie) olarak ikiye ayrılmaktadır. İmkân teorisine göre, failin neticenin gerçekleşmesini somut olarak olanaklı görmesi yeterlidir. Netice fail tarafından bir şekilde olanaklı görülmüş ve buna rağmen eyleme devam edilmişse hukuki değere yönelik gerçekleşen sonuç faille isnat edilebilecektir^[29].

Teori kastın bilme unsurunu esas almakta, neticenin meydana gelme imkânının biliniyor olmasını aramaktadır. Ancak, bu teori esas alındığında, öngörme unsuru olası kastta ve bilinçli taksirde ortak olduğundan, ayrımın

[27] Ingeborg Puppe, in *Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 6. Baskı, 2023, § 15, Rn. 105; Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72.

[28] Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 511.

[29] Wolfgang Joecks ve Tobias Kulhanek, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Heidelberg, C. H. Beck, 4. Baskı, 2020, § 16, Rn. 34; Einhard Steininger, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung*, Cilt, 2, Viyana, Linde, 2012, § 5, Rn. 87.

bilinçli taksir aleyhinde genişleyeceği belirtilerek eleştirilmektedir. Örneğin, sisli bir havada ve trafiğin tek gidiş ve tek geliş olarak sağlandığı yolda sollama yapan araç şoförünün, sollama yapması durumunda karşı taraftan araçların gelebileceği, trafik kazasına sebep olacağı bilgisine sahip olması, neticenin olanaklı olması nedeniyle olası kast ile sorumluluğuna gidilecektir^[30].

Bilme teorilerinden bir diğeri olasılık teorisidir. Teori, imkân teorisine göre olası kastın kapsamını daraltmaktadır. Buna göre, failin neticeyi sadece öngörmesi yeterli değildir; tipikliğin gerçekleşmesini muhtemel görmesi gerekir. Bu anlamda, bir şeyin gerçekleşme ihtimali onun mümkün görülmesinden daha fazlasını ifade eder. Başka bir deyişle, neticenin gerçekleşme ihtimali, mümkün görmeye göre daha yoğun (somut) bir biçimde öngörülmektedir^[31]. Ancak bu teori, özellikle olanak ve olasılık arasındaki ayrımın belirlenmesinde somut ölçüler ortaya koyamadığı, failin her olayda sonucun gerçekleşmeyeceğine güvenmesinin mümkün olması sebebiyle eleştirilmiştir. Teori esas alındığında, olasılığın ne zaman yüksek veya düşük olduğu, her ikisi arasındaki sınırın ne şekilde belirleneceği tartışmalıdır. Olası kast ve bilinçli taksir ayrımının, failin bilincindeki tipikliği az ya da çok gerçekleştirme ihtimali ile belirlenmesinin sağlam bir ölçü olmayacağı ifade edilmiştir^[32].

Bilme teorilerinin olası kastı izah etmede sorun teşkil ettiğine dair görüşler, olası kastta bilme unsurunun yanında iradi bir unsurun da bulunması gerektiğini ileri sürerler. İrade teorilerinden kayıtsızlık teorisine (Gleichgültigkeitstheorie) göre, failin öngördüğü neticeye kayıtsız kalması yeterlidir. Neticenin gerçekleşmesini öngören failin, hukuki değere yönelik ihlalin farkında olarak, kayıtsız kalarak hareketine devam etmesi durumunda olası kast ile hareket edilmiş demektir^[33].

Bir başka irade teorisine göre, failin, somut olayda neticenin meydana gelmesini mümkün görerek, bu neticeyi uygun bularak kabullenmesi durumunda olası kast vardır (Billigungstheorie)^[34]. Failin neticeyi uygun bularak

[30] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 35.

[31] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 38.

[32] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 176.

[33] Sternberg Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder*, § 15, Rn. 82.

[34] Puppe, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 15, Rn. 32.

kabullenmesi, neticeye yönelik pozitif bir tavır olarak görülmektedir. Bu olumlu tavır, failin olası gördüğü neticeye yönelik hareketini “olursa olsun” tavrıyla devam ettirmesi anlamına gelmektedir. Fail, iç dünyasında yan neticeleri “uygun bulma”, “hesaba katarak kabullenme”, “onaylama”, “rıza gösterme” şeklinde hareket etmişse, sonucu istemese dahi olası kasttan sorumlu olacaktır. Keza, neticenin meydana gelme ihtimalini ciddiye alan ve ona katlanan (Ernstnahmetheorie) kişi de olası kastla hareket etmiştir^[35].

Doktrinde kaçınma teorisi (Vermeidungstheorie) olarak adlandırılan bir başka irade teorisine göre, failin tehlikeyi ciddi olarak müşahade etmesine rağmen, tipikliğin gerçekleşmesinin önlenmesine yönelik çaba sarf etmeksizin, tehlikeli fiilini sürdürdüğü durumlarda olası kasttan söz edilmelidir^[36].

TCK'nin 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında, tipik haksızlığın unsurlarının gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden bahsedilmiş, kasta mahsus olan bir ölçüt olarak isteme unsuruna yer verilmemiştir^[37]. Doktrinde, kanunda bilme teorilerinden ihtimal teorisinin esas alındığı, iradi unsurdan yoksun bir şekilde olası kastın tanımlandığı ifade edilmiştir. Ancak, kanunda bilinçli taksire de yer verildiğinden, olası kastın bilinçli taksir ile ayrımını ortaya koyacak biçimde, tanımda kabullenme veya başka bir iradi unsura yer verilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür^[38]. Bilinçli taksirin tanımında isteme unsuruna yer verilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi amacıyla gerekçede açıklama yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde, öngörülen neticenin kabullenilmesinden bahsedilerek bu eksiklik giderilmeye çalışılmıştır^[39].

[35] Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 3 II 7, Rn. 81.

[36] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 42.

[37] Al. CK'da olası kast tanımlanmamakla beraber, olası kastta isteme unsurunun varlığı ile ilgili tartışmalar mevcuttur. Deiters, “Bedingter Vorsatz”, s. 401.

[38] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 177.

[39] Doktrinde, TCK m. 21'2'de “göze alma, kabullenme veya kayıtsız kalma” şeklinde bir kayda yer vermenin, bilinçli taksir ile (m. 22/3) olası kast arasındaki ayrımı netleştirmek bakımından doğru olabileceği; ancak, bu hususların kanunda yazılmasının da başkaca sorunlara yol açabileceği, bu nedenle, olası kastın tanımında “kabullenme”

Doktrinde hâkim olan görüş, olası kastı izah eden bilme teorilerini yeterli görmemekte, tipikliğin gerçekleşmesine razı olma, onu kabullenme gibi iradi unsurların varlığını olası kast bakımından aramaktadır. Buna göre, failin suçun gerçekleşmesinin mümkün olduğunu ve tamamen uzak olmadığını öngördüğü ve bunu onaylayarak kabullendiği durumlarda olası kastın varlığı kabul edilmektedir. Bu durum, her zaman failin suçun meydana gelmesini arzuladığı biçimde yorumlanmamalıdır. Amacına ulaşmak uğruna, her ne olursa olsun, istenmeyen bir sonucun kabullendiği, göze alındığı, buna razı olunduğu durumlarda olası kastın gerçekleştiği kabul edilmektedir.^[40]

Fail, işlediği fiilin bazı neticeleri meydana getirebileceğini düşünmüş, bu neticeleri muhtemel ve mümkün olarak tasavvur etmiş ve bunları kabullenmiş ise bu neticeler bakımından olası kastla hareket etmiş sayılır.^[41] Fiilinin sonucunda belli neticelerin gerçekleşebileceğini öngören kişinin, söz konusu fiili yapmaktan kaçınmaması, o fiili işlemekten geri durmaması halinde olası kast vardır. Bu durumda fail tipikliğin gerçekleşmesini muhtemel görmüş ve neticeyi tasvip edici bir biçimde kabullenmiş ve adeta “olursa olsun” düşüncesiyle hareket etmiştir.^[42] Örneğin, evli olduğu bilinen bir şahsın aracına bomba yerleştiren failler, bu aracın ailenin diğer üyeleri tarafından kullanılması ihtimalini göze almışlardır. Bu durumda, müşterek faillerin sonucu ciddi bir biçimde göze aldıkları, istenmeyen neticeye katlandıkları

teriminden söz edilmekle yetinildiği ifade edilmiştir. Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 425.

[40] Brian Valerius, in *BeckOK OWiG*, München, C.H. Beck, 40. Baskı, 2023, § 10, Rn. 13; Deiters, “Bedingter Vorsatz”, s. 401; Melanie Halbig, “Abgrenzung Zwischen Bewuster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz”, Johannes Kepler Universitaet Linz, diplomarbeit, Mart 2015, s. 23 vd., <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/417033?originalFilename=true> (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Tatjana, Hörnle, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Yıl: 2018, s. 1577; Momsen, Carsten, “Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?”, *KriPoZ*, Sayı, 2, 2018, s. 76.

[41] Doktrinde, olası kast bakımından isteme unsuru tartışmalıdır. Genellikle, kabul edilen görüş, failin hareketinin sonucu kabullenmesi isteme unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 31.

[42] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 422.

ve icrai fiilleri birlikte gerçekleştirdikleri kabul edilmelidir. Buna karşın, hedeflenen mağdurdan önce aracı çalmak isteyen bir hırsız tarafından aracın çalıştırılması halinde, artık göze almadan bahsetmek olanaksızdır^[43].

Olası kastta failin ulaşmak istediği amaç önemli olup bu amaca ulaşmak uğruna, muhtemel tehlikeler göze alınır, kabullenir. Olası kastta fail, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmemesi yönünde bir çaba sarf etmemekte, gerçekleşmesini kabullenmektedir^[44]. Doktrinde faildeki bu kabullenmenin, kayıtsız kalmanın isteme unsurunu oluşturduğu izah edilmiştir^[45].

Kanaatimizce, doktrindeki genel kabul yerindedir. Olası kastın salt bilme unsuru ile izah edilmesi yetersiz kalmaktadır. Failin, bir suçun işlenme ihtimalini öngörmesi, yan neticelerin meydana gelmesi olasılığını ciddiye almasına rağmen; neticenin gerçekleşmemesi için özel bir çaba sarf etmeyerek bunu kabullendiği, göze aldığı, kayıtsız kaldığı, iç dünyasında bu durumla uzlaştığı hallerde olası kast vardır.

III. OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

Olası kast, hukuki niteliği gereği bilinçli taksirden farklıdır. Bilinçli taksir, TCK'nin 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*”.

Kanun koyucu bilinçli taksiri tanımlarken, kast ile ayrımını yapmak üzere isteme unsuruna yer vermiştir. Olası kast ile bilinçli taksir yönünden ortak nokta, her iki durumda failin neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde

[43] Benzer bir örnek karar için bkz. M. Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Ankara, Adalet, 2023, s. 219.

[44] Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72; Lekvall ve Martinsson, “The Mens Rea Element of Intent”, s. 106.

[45] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 178. Doktrinde aksi yönde, bilinçli taksirin kast alanına dâhil edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre, kastta sonucun sadece öngörülmesi yeterli değildir, irade unsurunun da şu veya bu şekilde bu sonucu kapsamı gerekir. Bilinçli taksirde irade unsuru bulunmaz, Tell örneğinde ok atan sonucu öngörmekte, bütün dikkatini, becerisini neticenin meydana gelmesini engellemek amacıyla ortaya koymaktadır. Dönmezer *et al.*, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 520.

fail öngördüğü neticeyi istememekte; olası kastta ise neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalmakta, kabullenmektedir. Ancak tipikliğin subjektif unsuru ile ilgisi ve kişinin iç dünyasına, ruhsal durumuna ait bir mesele olması nedeniyle olası kast ile bilinçli taksir ayrımı doktrinin en çetrefilli konulardan biri olup bu ayrım genellikle somut olayın koşulları çerçevesinde bir çözüme kavuşturulmaktadır^[46].

Doktrinde, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın ortaya konulabilmesi için bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bilinçli taksiri izah etmede isteme unsuruna yer vermeyen yazarlar dahi, kanunda böyle bir düzenlemenin bulunması nedeniyle, olası kast ve bilinçli taksiri ayırmada isteme unsuru ile bağlantılı değerlendirme yapmak durumunda kalmışlardır^[47].

Olası kast ve bilinçli taksiri ayırmada başvuru formüllerden biri, Frank formülü olarak adlandırılan görüştür. Buna göre, fail “öyle ya da böyle herhalde hareketi gerçekleştirdim” diyorsa olası kast; buna karşılık, “neticenin gerçekleşeceğini bilseydim hareketi gerçekleştirmedim” diyorsa bilinçli taksir söz konusudur^[48].

Olası kastı, bilinçli taksirden ayırmada sıkça başvuru hususlardan biri de failin öngördüğü neticenin meydana gelmemesi konusunda herhangi bir çaba sarf edip etmemesine ilişkindir. Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin görüşü önemlidir. Neticeyi göze alma, onu kabullenme hususunda, failin bir tehlikenin gerçekleşebileceğini müşahade etmesine rağmen planını sürdürüp sürdürmediği ve kendisi tarafından farkında olmayan tehlikenin meydana gelmesini fiilen önleyecek ve neticeden kaçınmaya götürecek tedbirlerin alınmayıp tesadüfe bırakılıp bırakılmadığı, önemli bir ölçüt olmaktadır^[49].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bu görüşü, Alman doktrininde de kabul görmektedir. Bu görüşe taraftar yazarlara göre, tipikliğin somut olayda gerçekleşme ihtimali faili eylem planından alıkoymamışsa, fail amacına

[46] Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 510.

[47] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 178.

[48] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 249.

[49] Theodor Blank, *Strafrecht AT 1*, München, Heymanns, 2001, Rn. 87.

ulaşmak için tipikliğin gerçekleşmesi rizikosuna katlanmışsa olası kast vardır. Olası kast, daha ziyade tipikliğin gerçekleşmesi riskini bilmektir. Failin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair kusurlu bir biçimde güveni söz konusu ise dikkatli hareket etmek gerekir. Şayet, fail şans ve talih gibi hususlara güvenerek hareket etmişse, neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik bu güveni somut olayda belirli ve ölçülebilir olgulara dayanmakta ise bilinçli taksir söz konusudur^[50].

Bilinçli taksir halinde fail, suçun meydana gelmeyeceğine belirsiz bir biçimde değil, ciddi bir biçimde güvenmekte, tehlikeyi ciddiye almakta, ancak her şeyin yolunda gideceğine güvenmektedir. Sonucun gerçekleşmeyeceğine dair belirsiz bir umut olası kastın varlığını ortadan kaldırmaz. Her iki durumda bilme unsuru ortak olduğundan, ayırım failin iradesinin yönüne göre tespit edilmelidir^[51].

Burada aranan husus esasen, failin istenmeyen sonucun meydana geleceğini ciddi bir biçimde öngörmüş olması, buna rağmen hareketine devam etmesidir. Doktrinde, eskiden failde neticenin meydana gelmeyeceğine dair umudun varlığı bilinçli taksir için yeterli görülmekteydi. Ancak modern anlayış, faildeki inancın basit bir umuttan ibaret olamayacağı; şayet fail sonucun gerçekleşmeyeceğini ciddi bir biçimde öngörmüş ise bilinçli taksirin varlığı kabul edilmektedir. Buna göre, riskin gerçekleşmesine dair belirsiz bir umut söz konusu ise ve olay şansa veya akış seyrine bırakılmışsa olası kasttan bahsedilmelidir^[52]. Doktrinde, Federal Mahkemenin, neticenin meydana gelmeyeceğine dair kesin bir ölçüt ortaya koyamadığı, somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yaptığı belirtilmiştir. Örneğin, gaz sızıntısına sebep olan failin, mağdurun zarar görmeyeceğine dair basit inancının yeterli olmadığına hükmedilmiştir. Ancak mahkeme, ne zaman

[50] Urs Kindhäuser, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, s. 2, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-14.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Jörg Eisele, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, *Juristen Zeitung*, Cilt, 73, Sayı,11, 2018, s. 549.

[51] BGHSt 36, 1 (9 f.); NStZ 2003, 603; NStZ 2008, 451 için bkz. Valerius, *BeckOK OWiG*, § 10, Rn. 14.

[52] Taylor, “Concepts of Intention”, s. 113.

neticenin meydana gelmeyeceğine dair ciddi bir öngörünün olduğuna ilişkin somut bir belirleme yapmamıştır^[53].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bir başka kararında, doktrindeki genel görüşten hareketle, olası kastta iki farklı ruhi durumun bulunduğunu tespit etmiştir. Buna göre, fail sonucu ya onaylamakta ya da sonucun meydana gelmesi durumu ile kendi içinde uzlaşmakta, başka bir deyişle bu hususta bir iç barışa erişmektedir. Esasen, failin sonucu onaylaması, kabullenmesi olası kast bakımından kuvvetli bir göstergedir. Bu husus doktrinde itiraz görmemektedir. Ancak, failin sonuç ile uzlaşmasının, örneğin karşıt partinin seçim sonucunu kazandığına ilişkin uzlaşısı gibi kaderci bir yaklaşım olduğu izah edilmiştir. Doktrinde, Alman hukukunda, olası kastta isteme unsuru bakımından bu yaklaşımın zayıf ve deyim yerindeyse işi sulandırmak olduğu ifade edilmiştir^[54].

Bilinçli taksirde, faildeki güvenin bir dayanağı bulunmalı ve somut olayda bu husus araştırılmalıdır. Bu dayanak, failin bilgisi, tecrübesi, kişisel yetenekleri veya kullanılan vasıtanın niteliğine yönelik olabilir^[55]. Olası kastta, korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesi bilinci içinde netice olayın kendi gelişimine ve akışına bırakılmakta ve fail tarafından neticenin

[53] BGH, NStZ (1999) 508, karar ve değerlendirmeler için bkz. Taylor, “Concepts of Intention”, s. 114.

[54] Anette Grünwald, “Mord Für Ein Tödlich Endendes Autorennen Auf Dem Kursfürstendamm”, *Juristen Zeitung*, Cilt, 72, Sayı, 21, 2017, s. 1069. Döner dükkânı davası olarak adlandırılan olayda, yabancı düşmanı bir failin, bir Türk'e ait döner dükkânını ateşe vermesi neticesinde, dükkân sahibinin yaralanması sebebiyle olası kast ile hareket ettiği kabul edilmiştir. Federal mahkeme, sanığın sonucun gerçekleşmesini çok da uzak olmayan bir olasılık olarak görmesi ve ayrıca bunu onaylaması veya arzu ettiği amaca (Türklerin Almanya'dan gönderilmesi) ulaşmak adına bununla uzlaşması halinde, öldürme kastının mevcut olacağına hükmetmiştir. Öte yandan, failin sadece muğlak (belirsiz) bir şekilde değil, ciddi bir biçimde ölüm neticesinin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi durumunda, öldürmeye teşebbüsten beraat etmesi gerektiği; çünkü failde öldürme kastının olmadığı ifade edilmiştir. BGH, 20.06.2000- 4 StR 162/00, Karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20442&pos=0&anz=1> (Yayın Tarihi: 19.05.2024).

[55] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 475.

gerçekleşmemesine yönelik özel bir çaba sarf edilmemektedir^[56]. Bilinçli taksirde ise, fail tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmez; aksine ya bunu ciddiye almaz veya ciddiye almakla birlikte özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenir^[57]. Fail, her şeyin yolunda gideceğine güven duymakta, olası kast halinde “olursa olsun” derken, bilinçli taksirde “inşallah olmaz” diyerek hareket etmektedir^[58].

Kanaatimizce, olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırmada, suçun işlenmesi olasılığı her iki durumda öngörülebilir olduğundan, bunun dışında bir ölçüt ile hareket edilmesi gerekir. Yukarıda yer verdiğimiz olası kast kabulü ile bağlantılı olarak bilinçli taksirin varlığını ortaya koymak mümkündür. Şayet fail, neticenin meydana gelme olasılığını ciddi bir biçimde öngörmüş, kişisel bilgi ve tecrübesi gibi nedenlere dayanarak ve somut olgular çerçevesinde neticenin meydana gelmeyeceğine ciddi bir biçimde güvenmiş, bu doğrultuda kişisel çaba sarf etmiş ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak istenmeyen sonuç meydana gelmiş ise bilinçli taksir söz konusudur. Aksi durumda, olası kastın varlığını kabul etmek gerekir.

IV. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN KOŞULLARI

Suçta iştirake ilişkin hükümler, TCK'nin 37 ila 41 inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nin 37 nci maddesinde “faillik” başlığı altında doğrudan faillik (müstakil), müşterek faillik ve dolaylı faillik; m. 38’de “azmettirme”, m. 39’da “yardım etme” hükümlerine yer verilmiştir.

Müşterek faillik, TCK'nin 37 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”. Kanuni düzenleme uyarınca ve eşdeğer sorumluluk ilkesine göre, suçun kanuni tanımındaki fiili işbirliği halinde birlikte gerçekleştiren her suç ortağı haksızlıktan sorumludur^[59].

Müşterek faillikten söz edebilmek için iki unsurun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, failerin fiili birlikte icra etmeleri, başka bir deyişle

[56] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 505, 506.

[57] Eisele, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, s. 549.

[58] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 289 vd.

[59] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 454.

suçun işlenişi üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları gerekir. Fiilin birlikte işlenmesi müşterek failliğin objektif unsurunu oluşturmaktadır. Fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsünde değerlendirilmektedir. Birlikte suç işleme kararına dayanarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esas çerçevesinde; fiil üzerinde etkili, fonksiyonel bir katkıda bulunulmalıdır. Bu işbölümü sayesinde, fiilin işlenişi mümkün hale gelir veya kolaylaşır ya da fiilin başarısızlıkla sonuçlanma riski ciddi bir biçimde ortadan kalkar^[60]. Bu anlamda, müşterek faillik, her bir failin fiilin işlenmesine katkıda bulunması ve bu katkının karşılıklı olarak birbirini tamamlaması anlamında işbirliğini gerektirir^[61].

Suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri roller, suçun icrasına bulunan katkının arz ettiği önem ve zaruret ex ante bir değerlendirme ile göz önünde bulundurulur. Bu derecede olan katkı fiilin icrası bakımından fonksiyonel hâkimiyet niteliğindedir. Fiilin icrası veya akim kalması ihtimali müşterek faillerden her birinin elinde olmalıdır. Buna göre, suçun icrasına bulunan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zaruret arz ediyorsa, o suç ortağı müşterek faildir. Bu katkı, fiilin başarıyla tamamlanması açısından gereklilik arz ettiği gibi, bu müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi durumunda fiilin gerçekleşmeme, akim kalma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Ex post bir değerlendirme ile mutlaka illi bir katkının varlığı burada aranmamaktadır. Olayın somut şartları ele alınarak, suçun işlenişine bulunan katkının suçun işlenişi üzerinde icra ettiği fonksiyonel hâkimiyet dikkate alınmalıdır^[62].

Müşterek failler, işlenen suç ile doğrudan temas halinde olduklarından, haksızlıktan sorumludur. Bunun için bağıllık kuralına gerek yoktur. Müşterek failler, bir suç işleme kararı ile işbölümü esasına dayalı olarak müşterek katkıda bulunmakta, işlenen suç sebebiyle doğrudan doğruya ve karşılıklı olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu hareketler, birbirini takip eden icra hareketleri şeklinde de gerçekleşebilir^[63].

[60] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 613.

[61] Erdem ve Öztürk, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 411.

[62] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 600.

[63] Suça iştirakte, suç ortakları arasında iki irade bulunur. Bunlardan ilki, suç ortağının kendi fiiline yönelik iradesi, diğeri ise suça (kasti ve hukuka aykırı bir fiile) katılma

Suçun işlenmesine bulunulan katkının, suçun kanuni tarifinde yer alan maddi unsurların tamamını yalnız başına gerçekleştirecek bir mahiyette olması zorunlu değildir. Aralarındaki işbölümü gereğince, bu maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmek suretiyle de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulabilir^[64].

Müşterek failliğin sübjektif unsurunu birlikte suç işleme kararı oluşturmaktadır. Birlikte suç işleme şeklinde ortaya çıkan iştirak iradesi, bir suçun işlenmesi hususunda uzlaşmayı ifade eder. Müşterek faillerin hangi suçların işleneceğini önceden net bir biçimde kararlaştırmaları şart değildir. Failler buna yönelik olasılıkları da kabul etmiş olabilirler. Bu anlamda, bir suç işleme kararı somut bir suçun işlendiği esnada aranan kasttan farklıdır. Kast, tipikliği gerçekleştirmeye yönelik olup failler bilerek ve isteyerek tipe uygun eylemi gerçekleştirirler^[65].

Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet, müşterek failler arasında, üzerinde anlaşmaya varılmış bir suç planının varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu anlaşma en geç suçun işlenmesi anında, iradi ve karşılıklı olarak hareket etmeyi kapsamaması, bunun diğer ortakların bilgisine ulaşması ve onların açık veya zımnî onayını alması önem arz etmektedir^[66]. Bu sebeple, müşterek faillerden her birinin diğerinin eylemi hakkında genel bir fikre sahip olması yeterlidir^[67].

Ortak suç işleme kararı, bir başka kişinin fiile olan katkısının diğer faillere isnad edilebilmesinin temel dayanağını ve aynı zamanda sınırını oluşturmaktadır^[68]. Bu sebeple, diğer failler ortak kararın dışına çıkarak bir suç işlemişlerse ve ortak karardan önemli bir sapma söz konusu ise diğer failler bundan sorumlu tutulamaz. Örneğin, failler hırsızlık suçunun işlenmesine ve kesinlikle olumsuz bir durumda cebir veya şiddete başvurulmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Ortaklardan birinin malı zorla alması halinde, sadece bu fail yağma suçundan sorumlu olur; diğer failler hırsızlık suçundan

iradesidir. Zafer, *Genel Hükümler*, s. 529.

[64] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 455.

[65] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 761.

[66] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 456.

[67] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 762.

[68] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 410.

cezalandırılırlar. Buna karşılık, ortak karardan, filin ağırlığı ve tehlikeliliğinde değişikliğe yol açmayan ve somut olayın özelliklerine göre öngörülebilirlik sınırları içerisinde kalan önemsiz sapmalar söz konusu olsa bile, müşterek faillerin tümü bundan sorumlu tutulur. Suç planı ne kadar belirsiz ise sorumluluğun kapsamı o oranda genişlemektedir^[69].

Açıkça kararlaştırılanın aksine, müşterek faillerden birinin kararlaştırılan suçun nitelikli şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirmesi halinde, diğer müşterek failer gerçekleşen bu ağır neticeden ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Örneğin, faillerin sopalarla birlikte darp ettikleri mağdura faillerden biri sert bir darbeye bulunarak ölümüne sebebiyet vermiş olabilir. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için suçun somut işleniş açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız kalındığına dair sarih ve zımni bir müşterek iradenin varlığı gereklidir. Başka bir deyişle, müşterek faillerden birinin sınırı aşması halinde, diğer suç ortaklarının öngördükleri ve ihtimal dâhilindeki bu duruma kayıtsız kalmaları veya buna ses çıkarılmayarak katlanmaları gerekir^[70].

Suçta iştirak edenlerin kast ettikleri dışında bir suç işlenmiş ise bu suçtan diğer ortaklar sorumlu tutulamaz. İştirak iradesi dışında kalan suçlarda fail, yeni ve değişik bir kastla hareket eder. Ancak, gerçekleşen suç, iştirak iradesi kapsamında kalan bir suç olmakla beraber, iştirak iradesi kapsamında kalan suçun öngörülebilir gelişiminin bir sonucu ise suç ortakları bundan sorumludur. Başka bir deyişle, gerçekleşen suçla iştirak iradesi kapsamında kalan suç arasında bir bağ varsa, örneğin netice sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu ise suçun tüm ortakları, gerçekleşen neticeden iştirak hükümlerine göre sorumlu olurlar. Buna karşılık, gerçekleşen suç veya suçlar, iştirak iradesi kapsamında kalan suçun öngörülebilir gelişiminin bir sonucu değilse, yani gerçekleşen suçlar ile iştirak iradesi kapsamında kalan suçlar arasında bir bağ yoksa ortaklar, sadece iştirak iradesi kapsamında kalan suçtan veya o suçta teşebbüsten sorumlu olurlar. İştirak iradesi dışında kalan suç bakımından iştirak hükümleri uygulanmaz^[71].

[69] Öztürk-Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 410.

[70] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 540.

[71] Zafer, *Genel Hükümler*, s. 531.

V. SUÇUN OLASI KAST İLE MÜŞTEREK FAİLLİK ŞEKLİNDE İŞLENMESİNE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A) ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, deri kemer olayı (*Lederriemenfall*) olarak adlandırılan bir davada müşterek faillerin olası kast ile hareket ettiklerini kabul etmiştir^[72]. Karara konu olayda, failler K ve J, ortak tanıdıkları M'den güç kullanarak bir takım elbise ve odanın kirasını ödemek için gerekli parayı almak amacıyla hareket etmiş, ancak eylem sonucunda M'nin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Failler başlangıçta, M'yi karşı koyamaz hale getirmeyi, bunun için deri bir kemer ile boğazını sıkarak bayıltmayı ve ağzını kapatmayı planlamışlar, ancak ölüm tehlikesini düşününce bundan vazgeçerek kum torbası ile vurarak bayıltmaya karar vermişlerdir. Olay günü her ihtimale karşı, J'nin bilgisi dışında K, yanına bir deri kemer almıştır. Failler gece misafir olarak kalmak istemiş ve M tarafından bu teklif kabul edilmiştir. M'nin uyuduğu sırada J, kum torbasıyla başına vurmaya çalışmış, ancak M uyanmış ve kendisini savunmuştur. O anda K, deri kemeri M'nin boynuna geçirmiş, J de yardımına yetişmiştir. Failler kemeri hep birlikte M'yi ses çıkaramayıp kolları düşene kadar tüm güçleriyle çekmiş; akabinde ölebileceğinden korkarak ara ara kayışı gevşetmişlerdir. M'nin bilinçsiz bir biçimde kendinden geçtiğini fark eden failler, bu sefer onu canlandırmaya çalışmışlar ancak başarısız olmuşlardır^[73].

Federal Mahkeme, faillerin mağdurun ölümünü hukuki anlamda onayladıklarından bahisle cezalandırılmaları gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, failler en başından beri ölüm riskinin farkındaydı, bu riske rağmen eylem planından vazgeçmemişlerdi ve bunu göze almışlardı. Bu nedenle ölüm neticesini eylem planları dâhilinde kabullenmişlerdi. Yarattıkları tehlike nedeniyle, ölüm neticesinin meydana gelmeyeceğine güvendiklerine dair somut olgular bulunmamaktaydı^[74].

[72] BGH, Urteil vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55 BGHSt 7, 363, NJW 1955, 1688.

[73] Halbig, “Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz”, s. 76; Der Lederriemenfall nach BGHSt 7, s. 363, <https://www.lecturio.de/magazin/bghst-7-363-lederriemenfall/> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[74] Rita Vavra ve Sascha Holznagel, “Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem”, *ZJS*, Yıl: 2018, Sayı, 6, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_6_1262.pdf (Yayın Tarihi: 15.01.2024).

Doktrinde bu karar eleştirilmiştir. Faillerin eylem planını uygularken öldürme düşüncesi ile değil, bayıltarak para alma düşüncesi ile davrandıkları, neticenin meydana gelmesine engel olmak istedikleri, bu nedenle faillerin olası kast ile hareket etmedikleri ileri sürülmüştür. Federal Mahkemenin bu kararı ile olası kasta isteme unsurunu genişlettiği ancak ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir^[75]. Federal Mahkeme, müşterek faillikten bahsedebilmek için; failerin birbirlerinin eylemine destekleyici bir biçimde katkı sunması ve birbirinin eylemini tamamlaması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda faillerin aynı amaç doğrultusunda, birbirini destekler mahiyette hareket ettiklerini, suçun işlenmesi konusunda ortak menfaatlerinin bulunduğunu belirterek müşterek fail olarak hareket ettiklerini kabul etmiştir^[76].

Kanaatimizce, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararı yerindedir. Olası kastın bilme unsurunun somut olayda bulunduğuna dair bir tereddüt yoktur. Failler yarattıkları tehlikenin neticesinde ölümün meydana gelebileceğini en başından öngörmüşlerdir. Buna rağmen, eylem planlarından vazgeçmemişler, ölüm riskini göze almışlardır. Her ne kadar arada kemeri gevşetmiş ve hayata döndürmek için bir çaba içerisine girmişlerse de neticeyi kabullendiklerinin kabulü yerindedir. Esasen gösterilen bu çaba sonucun önlenmesi bakımından yetersiz kalmış ve istenmeyen sonuca failler katlanmıştır. Keza, olası kast ile hareket edilen durumlarda neticenin gerçekten istenmemiş olması kastın kabulü bakımından bir sorun teşkil etmez.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Berlin araba yarışı (Berliner Autoraser-Fall) olarak bilinen olayda, olası kast ve bilinçli taksir hükümlerini müşterek faillik bakımından değerlendirmiştir^[77]. Karara konu olayda, kırmızı ışıkta duran N, gece vakti 00.30 sıralarında, yan koltukta kız arkadaşı K olduğu

[75] Taylor, "Concepts of Intention", s. 113.

[76] Müşterek faillığe ilişkin benzer bir karar için bkz. BGH, Beschl. v. 06.08.2019 – 3 StR 190/19, Mittäterschaft, <https://kripoz.de/Schlagwort/mittaeterschaft/> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[77] BGH, Beschluss vom 16.06.2019- 4 StR 345/18, karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=4%20StR%20345/18&nr=93009> (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Der Dolus Eventualis und Sein Beweis, Der Berliner Raserfall, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/dolus_eventualis.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024).

halde, diğer araç sürücüsü H ile belli bir yere kadar yarışma konusunda anlaşılırlar. H, hedefe birinci olarak ulaşmak amacıyla kırmızı ışıkları hiçe sayarak ve hız sınırını büyük oranda aşarak araç kullanmış; diğer araç sürücüsü N ise ilk önce iki kırmızı ışıkta durmuş, daha sonra hız limitini çok fazla aşarak H'yi takip etmeye başlamıştır. Başlangıçta kurallara uyan N, sonradan kuralları ihlal etmiştir. Araçlar kazanın meydana geldiği kavşaktaki kırmızı ışığı da geçmişler, saatte 170 km hıza ulaşmışlardır. H kendisine yeşil yanan ve sağdan gelerek kavşağa giren W'nin aracı ile şiddetli bir biçimde çarpışmış, H'nin aracı N'nin aracı ile de çarpışmış, mağdur W olay yerinde hayatını kaybetmiş, N'nin kız arkadaşı K da ağır yaralanmıştır. Olayda araç sürücüleri N ve H hafif bir biçimde yaralanmıştır^[78].

Berlin Eyalet Mahkemesi, her iki sürücüyü olası kastla öldürmeden sorumlu tutmuştur. Al. CK § 211'de düzenlenen kasten öldürmenin nitelikli halinden (Mord) cezalandırılmalarına karar vermiştir. Eyalet mahkemesinin kabulüne göre, gece vakti de olsa olayın gerçekleştiği yer merkezi bir yer olup her an başka araçların geçmesi ihtimali bulunmaktadır. Failler sahip oldukları araçların lüks ve güçlü olması nedeniyle kendilerini güvende hissetmiş, araçlarını hız limitinin üzerinde kullanarak ve kırmızı ışıkta durmadan geçmeleri nedeniyle ölüm neticesini öngörmüş ve ölüm sonucu kabullenmişler, neticenin meydana gelmesine ciddi bir biçimde güven duymayarak işi şansa bırakmışlardır. Faillerin 170 km/saat hıza ulaşarak trafik kurallarını ağır bir biçimde ihlal etmelerinin, başkalarının hukuki menfaatlerine karşı düşüncesizce bir hareket olduğu, bu durumun suçun maddi unsurunun ve aynı zamanda kusurluluğun bir göstergesi olduğu kararda vurgulamıştır. Faillerin davranışları ile ölen kişi ve diğer insanlar bakımından somut bir tehlike yarattıkları, sübjektif açıdan böyle bir tehlikeyi öngörmenin yeterli olduğu, acil bir durumda araçlarını kontrol edebilecekleri, gerekirse kaçabileceklerini

[78] Christoph Zehetgruber. "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-“ bzw. „Raserfällen", *KriPoZ*, Cilt, 6, 2018, s. 358. Kararla ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Reşit Karaaslan. "Ölüm veya Yaralama İle Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı, 145, 2019, s. 205-207; Esmâ Nur Tarhan, "Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt, 24, Sayı, 3, 2020, s. 467.

varsaysalar dahi, ulaşılan hız ve kırmızı ışık ihlali dikkate alındığında bir zararın meydana gelmemesinin şansa bırakıldığı ifade edilmiştir^[79].

Federal Yüksek Mahkeme, failerin de olayda ciddi bir biçimde yaralanma tehlikelerinin olduğunu, neticenin meydana gelmeyeceğine dair güven içinde hareket ettiklerini, suçun manevi unsuru bakımından olası kastla ölümün failer tarafından onaylanmadığını, bu nedenle olası kast hükümlerinin uygulanma yerinin bulunmadığını, bilinçli taksir halinin varlığını kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, eyalet mahkemesi tarafından sanıkların birden fazla aracın karıştığı diğer kaza kombinasyonlarını veya birinci çarpışmanın dışındaki diğer çarpışmaların neticesinde kendileri veya üçüncü şahısların zarar görebileceği kaza sonuçlarını mümkün ve bunları kabul ettiğini kanıtlayamamıştır. Her ne kadar yüksek hız nedeniyle bir kazanın meydana gelmesi olası ise de, meydana gelen ilk kazanın sonucunda başka kazaların meydana gelebileceği hususunun failerin bilgisinde olduğu ve kabullenildiği açıklanmamıştır. Sanıkların kazanın kontrolsüz bir şekilde genişlemesini, aracın takla atmasını ve dolayısıyla kazaya karışan diğer tarafın ölümünün ötesinde, üçüncü şahıslara yönelik bir tehlikeyi fark ettiği ve onayladığı açık değildir. Olası kastın varlığı, somut olayda objektif bir biçimde belirlenmelidir. Prensip olarak, eylem ne kadar tehlikeli ve sonuç ne kadar muhtemel ise, kasıtlı olma ihtimali de o kadar yüksektir^[80].

Federal Mahkemeye göre, her iki sanığın da o sırada hala çok sayıda araç sürücüsünün bulunduğu şehir içi bölgede, kırmızı ışıkta geçerken azami 170 km/saat hızla araç kullandığı dikkate alınırca, bilme unsurunun kabulü sorun teşkil etmez. Her ikisinin de çarpışma olasılığını bildikleri varsayılabilir. Bilinçli taksir halinde fail, yükümlülüğünü ihlal ettiğinde muhtemel sonucun meydana gelmeyeceğine inanırken; olası kastta bu durumu kabullenir. Kararda, failerin daha önceki yarışlarda başlarına bir şey gelmemesi, kendilerinin ve araçlarının zarar görmesini istemedikleri, bir kazanın vuku bulması halinde yarışı kaybedeceklerini bildikleri, H'nin emniyet kemeri takmayarak kaza olasılığını ciddi bir biçimde öngörmediği, bu nedenle iradi unsurun bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, olası kast

[79] “Der BGH und die „mörderischen Raser”, <https://www.juracademy.de/rechtsprechung/article/bgh-moerderischen-raser> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[80] Bkz. “Der BGH und die „mörderischen Raser”. Hörnle, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, s. 1576.

veya bilinçli taksir failin iç dünyasına ait bir mesele olduğundan, ex ante bir değerlendirme ile ve failin bakış açısıyla ele alınmalıdır. Failler için bir yaşamsal riskin varlığı, kendilerine yönelik tehlike algısı; ölüm veya yaralanma veya araçlarının ciddi bir biçimde zarar görme riskinin kabullenilmediği ve riskin gerçekleşmeyeceğine dair güven hususunda bir gösterge olabilir^[81].

Federal Yüksek Mahkeme, olayda her iki araç sürücüsünün müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, faillerin olası kast ile birlikte suç işleme kararı bulunmadığından eylemde müşterek fail olarak değerlendirilemeyeceklerine karar vermiştir^[82]. Eyalet mahkemesinin, müşterek faillik çerçevesinde H'nin eylemini N'ye karşılıklı olarak yüklemesi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Buna göre, müşterek faillikten bahsedebilmek için faillerin ortak bir eylem planı ile hareket etmeleri, fiili birlikte işleyerek karşılıklı olarak birbirlerini desteklemeleri, tamamlayıcı davranışlarda bulunmaları gerektirir. Dolayısıyla, somut olayda, faillerin başka bir kişiyi öldürmeyi öngören ortak bir suç planlarının olmadığı ve ayrıca N'nin destekleyici, takviye edici bir katkısının olduğuna dair kanıt olmadığı görüşü benimsenmiştir^[83].

Mahkemeye göre, müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda, temel alınacak ölçüt her zaman Al. CK § 25/2 uyarınca suç teşkil eden harekettir. Bu nedenle, öldürme suçlarında birlikte faillikten bahsedebilmek için, bir kişiyi öldürmeye yönelik ortak kararın ve bunun iş birliği çerçevesinde birlikte gerçekleştirilmesi aranmalıdır. Faillerin bir kişinin ölümüne sebep olan fiili işleme karar vermeleri, ölüm neticesinden sorumlu tutulmaları için

[81] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser". Zehetgruber, "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-" bzw. „Raserfällen", s. 361.

[82] Vavra ve Holznagel, "Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem", s. 559. Doktrinde Puppe'ye göre, failler akılsızca davranmışlardır. Yazara göre, olayda failler her ne kadar bir kazanın gerçekleşmesini istememişlerse de, akli başında bir insanın yapmayacağı, açık ve kontrol edilemeyecek bir biçimde üçüncü kişileri tehlikeye atmışlardır. Böyle davranmakla her şeyin yolunda gideceğine güvendiklerinden de bahsedilemeyecektir. Bu nedenle olası kast hükümlerinin uygulanması gerekir. LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17, ZIS 2017, www.zis-online.com (Yayın Tarihi: 15.01.2024), s. 441.

[83] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser"". Momsen, "Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle" als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?", s. 79.

yeterli değildir. Kazaya kadar geçen sürenin çok kısa olması ve sanıkların yarışın yakında sona ermesine ve yarışı kazanmaya odaklanmaları göz önüne alındığında, sanıkların bir kişiyi öldürmeye yönelik ortak niyetlerinin üstü kapalı bir biçimde gerçekleştiği söylenemez. N'nin diğer failin eylemini tamamlayıcı, destekleyici bir davranışının olduğu yönündeki görüş yerinde değildir^[84].

Kanaatimizce mahkemenin bu kabulü yerindedir. Olası kastın tartışıldığı durumlarda, faillerin de zarar görme ihtimalinin, somut olayda yaralanma veya ölme riskinin bulunduğu araştırılmalıdır. Bu durum faillerin neticeyi kabullenmediği ve her şeyin yolunda gideceğine dair güven duyduklarını ortaya koyan bir gösterge olabilir. Esasen, olası kastta isteme unsurunu ifade eden kabullenme olgusu, faillerin ruhsal durumu ile alakalı bir meseledir. Bu nedenle tespitinde güçlükler yaşanması normaldir.

Federal Yüksek Mahkemenin faillerin müşterek fail olarak fiili gerçekleştirmediklerine dair kabulü de yerindedir. Failler her ne kadar yarışma konusunda anlaşmış ise de, olası kast ile ölüme sebep olmak hususunda bir iştirak iradelerinin olduğundan söz edilemez. Somut olayda bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerekir. Taksirle işlenen suçlarda fiile kusurları oranında faillerin katılması mümkündür. Ancak bu durumda her fail kendi fiili sebebiyle, müstakil fail olarak sorumlu olacaktır.

Federal Yüksek Mahkeme'nin bir kararında yağma suçunun işlenmesi sırasında olası kast ile öldürmeye teşebbüs suçu, müşterek faillik bakımından değerlendirilmiştir. Karara konu olayda, failler S ve C, eylemi sustalı bıçak ile gerçekleştirmek amacıyla anlaşmışlardır. S, karate atlayışı ile mağdur R'nin üzerine atlamış, aralarında çıkan tartışma üzerine mağdurun göğsüne ve kalçasına iki güçlü bıçak darbesinde bulunmuştur. Bu esnada C, olaya karışmadan kenardan izlemiş, elinde bulundurduğu kelebek bıçağı ile kendisini

[84] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser"". Alman hukukunda, araba yarışları nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanma hadiselerinin önlenmesi ve uygulama ile doktrindeki tartışmaların önüne geçilmesi amacıyla bir kanuni düzenlemeye gidilmiştir. Al. CK § 315d ile yasa dışı araba yarışlarında kastın ispatındaki zorluk nedeniyle özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde on yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

güvenli alanda tutmuş, birkaç kez S'yi yanına gelmesi için çağırılmış, her iki fail olay yerinden yağma suçunu tamamlamadan ayrılmışlardır^[85].

Eyalet mahkemesi, faillerin olası kastla öldürmeye teşebbüs amacı ile hareket ettiğini kabul etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, C'nin eylemi açısından değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre, müşterek faillerden biri, diğer suç ortağının eylemlerinden en azından olası kastının varlığı halinde sorumludur. Aşan kısmın öngörülebilir olmaması halinde bu kısım faile yüklenemez. Mahkemeye göre, dosyadaki mevcut deliller ışığında; C, yağma suçunun işlenmesinde bıçak kullanılacağını bildiği sabit olsa da, mağdurun öldürülmesini kabullendiği ispatlanamamıştır. C'nin diğer faile defalarca yanına gelmesini söylemesi, yaralının yanından uzaklaşmasını istemesi nedeniyle olası kast ile öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması yerinde değildir. Çünkü S ortak suç planını öylesine aşmıştı ki, C'nin bunu hesaba katması kendisinden beklenemeyecek bir durumdur.

Federal Yüksek Mahkeme, bir başka kararında, birden fazla failin tekme ve yumruklarla kendilerinden güçsüz olan bir kişiyi öldürdükleri olayda olası kast ve iştirak hükümlerini incelemiştir. Mahkeme, faillerin olay sırasında birlikte hareket etmeleri, fiil üzerinde icrai hâkimiyet kurmaları sebebiyle eylemin karşılıklı olarak birbirlerine yüklenebileceğine karar vermiştir. Faillerin tekme ve yumruklarla darp eylemi sırasında ölüm sonucunu kabullendiklerini, aralarında zımnî bir suç işleme kararının olduğunu, dolayısıyla olası kast ile öldürmenin meydana geldiğini kabul etmiştir^[86]. Mahkemeye göre, benzer kararlarda vurgulandığı üzere, faillerin olası kast veya bilinçli taksirle hareket edip etmedikleri, her bir fail yönünden suçun tüm objektif ve sübjektif unsurları dikkate alınarak incelenmelidir. Bu inceleme, suça iştirak edenlerin fiilin işlendiği esnada hangi saik ve psikolojik durum ile hareket ettiğini de içermelidir. Suçun işlenmesi anında failin ruhi durumu göz önünde bulundurularak, neticeyi öngörmesini etkileyebilecek hususlar da dikkate alınmalıdır^[87].

[85] Karar için bkz. BGH, Beschluss vom 03.03.2011–4 StR 52/11, <https://openjur.de/u/165135.html> (Yayın Tarihi:12.10.2024).

[86] Karar için bkz. BGH, Urteil vom 26.01.2005–5 StR 290/04, <https://openjur.de/u/181492.html> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[87] Karar için bkz. BGH, Urt. v. 26.1.2005-5 StR 290/04, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 14.01.2024). Benzer bir olayda,

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda, her bir suç ortağının, diğer kişilerin eylemlerinden yalnızca kendi kastı kapsamında sorumlu olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, suç planına uygun olarak, tehlikeli bir aletin kullanılmasını içerse dahi, kendisi böyle bir alet kullanmayan bir suç ortağının mağduru öldürmek için olası kastla hareket ettiği sonucu otomatik olarak çıkarılamaz. Kararda grup dinamikleri içerisinde düşünmeden suça katılmanın mümkün olabileceği, bu nedenle olası kast veya bilinçli taksirin dikkatle incelenmesi gerektiği izah edilmiştir^[88]. Bununla birlikte, diğer bir failin gerçekleştirdiği eylem, somut olayın koşulları çerçevesinde beklenmesi gereken bir durum ise, ortak suç işleme kastı kapsamındadır. Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eşdeğer olan neticeler, istenmemiş olsalar dahi faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Aynı şekilde, suç ortağının eylemlerine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan failler neticeden sorumludur^[89].

Kanaatimizce, Federal Yüksek Mahkeme'nin olası kasta ve suça iştirake ilişkin tespitleri son derece önemlidir. Her bir fail yönünden objektif ve sübjektif unsurların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, faillerin gerçekleştirmeyi planladıkları bir fiilin icrası sırasında, istenmeyen bir neticenin meydana geldiği her durumun faillere karşılıklı olarak yüklenemeyeceğine dair tespiti de yerindedir.

Dessau-Rosslau Bölge Mahkemesinin bir kararında, yirmi iki yaşındaki maktul, failler tarafından bıçaklanarak öldürülmüştür. Mahkeme, maktulün bıçaklanması esnasında kalp krizi geçirmesi nedeniyle öldüğünü tespit etmiştir. Somut olayda, kasten öldürme hükümlerine göre değil, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu hükümlerine göre faillerin cezalandırılmasına karar verilmiştir. M. Volkan, Dülger. "Yargıtay 1. CD'nin Doğrudan Kast-Olası Kast Ayrımına İlişkin Kararının Türk ve Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 74.

[88] BGH, Beschl. v. 1.9.2016–2 StR 19/16 Rn. 19, <https://openjur.de/u/2115666.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

[89] BGH, Urt. v. 22.11.2000–3 StR 331/00–NStZ 2001, 143; BGH, Urt. v. 19.3.2013–5 StR 575/12, kararlar için bkz. http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html#mittaeterschaft (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

B) YARGITAY KARARLARI

Yargıtay'ın, suçun iştirak halinde ve olası kastla işlenmesine dair kararları bulunmaktadır.

Yargıtay, araba yarışları ile ilgili, Alman Federal Yüksek Mahkemesi ile benzer yönde kararlar vermektedir. Faillerin gündüz vakti, hız limitinin 110 km/saat olduğu meskûn mahal dışında, 200 km/saat hızla şehirlerarası yolda üç araç halinde yarış yaptıkları, sanıklardan birinin direksiyon hâkimiyetini kaybederek kazaya sebebiyet verdiği ve araçta bulunan bir kişinin öldüğü olayda bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir^[90].

Kanaatimizce, Yargıtay kararına konu olayda, faillerin yüksek hızla yarış yapmaları sebebiyle ölüm veya yaralama sonuçlarının meydana geleceğini öngördükleri sabittir. Ancak, olası kastın iradi unsuru bakımından, sonucun kabullenildiğini söylemek güçtür. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararında vurguladığı üzere, faillerin aracın içinde olmaları, kendilerinin ve araçlarının zarar görmesini istememeleri, kazanın meydana gelmemesi için manevra yaptıkları ve çaba sarf ettikleri anlaşılmaktadır. Yaratılan riziko sebebiyle istenmeyen neticenin göze alındığı, onaylandığını tespit etmek güçtür. Keza, tüm faillerin meydana gelen yaralama ve ölüm neticesini birlikte gerçekleştirmek hususunda ortak suç işleme planından da söz edilemeyecektir. Esasen, burada, öngörülen ancak istenmeyen netice, başka bir deyişle

[90] “Olay tarihinde sanığın araba severler grubu olarak, Orhangazi ilçesinden idaresindeki otomobil ile ön sağ koltukta H. A. Y., arka koltukta ise ölen arkadaşı F. K. olduğu halde, H. H. A., E. K., L.Ç., O.B. ve D. K.'ın kullandığı araçlarla birlikte toplam altı tane aracın, pazar günü gündüz vakti, Bursa'ya doğru yola çıktıkları; hız limitinin 110 km/s olduğu meskun mahal dışında, 7 metre genişliğindeki tek yönlü yolda seyir halinde iken, yolda üç aracın, sanık ile tanıklar E. K. ve H. H.'in araçlarının yarışta tutuştukları, iki aracın peşinden gelen sanığın, tanık H. H.'in aracını geçip öndeki arkadaşı tanık E.'i geçmek için yolun sağından soluna ve tersine makaslar yaparak yaklaşık 200 km/s hızla ilerlediği sırada öndeki aracın yavaşlaması üzerine bu araca çarpmamak için sağa kırdığında direksiyon hakimiyetini kaybederek yolun sağındaki Joil Petrol İstasyonunun 2 nolu yakıt pompasına çarpması sonucunda F. K.'ın ölümüne, asli kusurlu olarak neden olduğu olayda; sanık hakkında, hız limitini üstünde ve yarış yapmak suretiyle olay neden olması nedeni ile bilinçli taksir koşullarının oluştuğu ve hükümde sanık hakkında TCK'nın 22/3. maddesi gereğince bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır. Sanık müdafininin bu yöndeki temyiz itirazları reddedilmiştir”. Yargıtay On İkinci Ceza Dairesi, 11 Mayıs 2023 Tarih ve E.2020/4908, K.2023/1593.

korkulan başa gelmiştir. Bu nedenle, bilinçli taksirin kabulü yönündeki tespitlere katılmaktayız. Keza, bir başka kararda failin önceki tecrübelerine güvenerek sonucun meydana gelmeyeceğine güvendiği, içinde bulunduğu ruhi durum ve somut olayın objektif koşulları çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği isabetli bir biçimde vurgulanmıştır^[91].

Bir göçmen kaçakçılığına konu olayda, sanıklar, suçta kullanılan teknenin teknik özellikleri itibarıyla çok sayıda göçmeni taşımaya elverişli olmadığını öngörmelerine rağmen denize açılarak göçmenlerin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Yargıtay, failerin böyle bir tekne ile denize açılmaları durumunda ölüm riskinin varlığını ciddi bir biçimde öngördüklerini, tehlikenin farkında

[91] "...daha önce alkollü olarak araç kullanmasından dolayı hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ve kazadan yaklaşık 2 saat 22 dakika sonra yapılan ölçümde 1,38 promil alkollü olduğu belirlenen sanık S.'un, güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde alkollü olmasına rağmen direksiyon başına geçip, yönetimindeki otomobili, azami hız limitinin 70 kilometre/saat olarak belirlendiği yerleşim yeri içinde yasal hız sınırının neredeyse iki katına varacak şekilde süratlice ve tanık M. A.'nin hızını azaltması yönündeki uyarılarını dikkate almayıp, temyiz dışı mağdur sanık Y. E.'nin idaresindeki araçla önceden kararlaştırılmasa dahi yarış yaparcasına sürmeye devam ettiği, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve bu hâli ile yaralama ya da ölümüne neden olabileceğini öngördüğü hâlde, önceki tecrübelerinin olumsuz neticelenmemesine olan güveni sebebiyle ölüm veya yaralanma ile neticelenebilecek kazayı önleyebileceğine güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek, asli kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucunda bir kişinin ölümüne ve bir kişinin nitelikli şekilde yaralanmasına neden olduğu, bununla birlikte temyiz dışı sanık A.'ın yönetimindeki aracın sol şeride yöneldiğini gördüğünde onu selektör yaparak ikaz ettiği, temyiz dışı sanık A.'ın yönetimindeki aracın sol şeride yerleşerek, istikametini kapatması üzerine oluşması muhtemel kazayı önlemek amacıyla ve şoförlük yetenekleri ile süratine güvenerek, geriden gelen temyiz dışı mağdur sanık Y. E.'nin idaresindeki aracın önüne geçebileceğini düşünüp, kontrolsüzce sağ şeride doğru manevra yaptığı; ancak meydana gelen sonucu kabullenmediği ve arzulamadığı, bu nedenle olası kastın uygulanma koşullarının oluşmadığı, gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanık S.'un bir kişinin ölümüne ve bir kişinin nitelikli şekilde yaralanmasına neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiği, sonuç olarak sanık S.'un eylemine uyan suç vasfının doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından, sanık müdafilerinin ve katılanlar vekilinin suç vasfına yönelen temyiz sebepleri yerinde görülmemiş, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay On İkinci Ceza Dairesi, 21 Şubat 2023 Tarih ve E.2022/9556, K.2023/512.

olduklarını, buna rağmen eylemlerinden vazgeçemediklerini kabul ederek, müşterek fail olarak sanıkları olası kast ile öldürmeden sorumlu tutmuştur^[92].

Karardan anlaşılacağı üzere, beş yolcu kapasitesine sahip tekneye ondokuz yabancı uyruklu yolcu alınmış ve yolculardan beşi hayatını kaybetmiştir. Kararın içeriğinden faillerin göçmenleri birlikte yurt dışına çıkarma hususunda anlaşmış oldukları sabittir. Teknenin ebatı ve teknik özellikleri itibarıyla yeterli donanım ve personele sahip olmadığı; daha önce benzer ölümle sonuçlanan hadiselerin de gerçekleştiği dikkate alındığında ölüm neticesinin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır. Olası kast hükümleri bakımından bilme unsuru somut olayda mevcuttur. Ancak faillerin kendilerinin de aynı teknede bulunmaları sebebiyle yaratılan tehlikeli durumdan etkilenip etkilenmedikleri, kendi yaşamlarını da riske atıp atmadıkları anlaşılmamaktadır. Faillerin can güvenliğinin olmadığı bir durumda neticeyi ne şekilde kabullendikleri veya onayladıkları şüpheli hale gelecektir. Bu meyanda, faillerde ve yolcularda can yeleklerinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Dolayısıyla faillerin neticenin meydana gelmeyeceğine dair somut delillere dayanan güvenlerinin olup olmadığı, işin şansa bırakılıp bırakılmadığı, ölüm veya yaralama sonucunun önlenmesi için bir çaba içerisine girilip girilmediği hususları belirsizdir. Somut olayda, bilinçli taksirin neden gerçekleşmeyeceği, yukarıda saydığımız çekinceler çerçevesinde karşılanmamış; gerekçede bunlara yer verilmemiştir. Failler de teknede bulunmuş, kendilerinin ve göçmenlerin ölüm riskini önlemeye yönelik her göçmene can yeleği dağıtılmış, önceki tecrübelerine

[92] "...eylemin sanıklar Ş. ve K. tarafından birlikte gerçekleştirildiğinin saptandığı, göçmenlerin deniz yoluyla naklinde kullanılan teknenin sanık Ş. tarafından bizzat görüldüğü ve kullanıldığı, sanık Kasım'ın ise, cep telefonunun imaj dosyasında yapılan bilirkişi incelemesine göre suçta kullanılan tekne ile ilgili yazışmalar yapmış olması karşısında teknenin özelliklerini bildiğinin kabulü gerektiği, bu itibarla sanıkların baştan itibaren göçmen kaçakçılığı organizasyonunun bir parçası oldukları, iştirak iradesi ile hareket ettikleri, teknik donanımdan yoksun, denize açılmaya elverişli olmayan tekneyle, yeterli araç ve personel olmaksızın 5 yolcu kapasitesinin oldukça üstündeki 19 yabancı uyruklu göçmeni Yunanistan'a göndermek üzere yola çıkaran sanıkların eylemi ile ölümler arasında illiyet bağı bulunduğu, takdir indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmasına karar verildiği, sanık K. lehine uygulanabilecek başkaca lehe yasa hükmünün ise bulunmadığı anlaşıldığından, hükümlerde bu yönleriyle hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 11 Eylül 2023 Tarih ve E.2022/2945, K.2023/5176.

dayanarak neticenin meydana gelmeyeceğine güvenilmiş ise failerin bilinçli taksirden; aksi halde olası kastından söz etmek gerekir.

Yargıtay incelemesinden geçen bir başka olayda; dosya kapsamındaki delillerden sanıkların olay günü hasımları olan kişiyi öldürmek amacıyla plan yaptıkları ve sanıkların maktulün mahallesine gelerek yaptıkları plan doğrultusunda her birinin ayrı silahlarla ateş ederek husumetlisi olan şahsı öldürdükleri anlaşılmıştır. Bu olayla alakası ve sanıklarla herhangi bir husumeti de bulunmayan üçüncü bir kişi de aynı sokak üzerinde, sanıklara göre maktulden on beş metre daha uzakta olduğu halde, vücuduna aldığı bir adet mermi çekirdeği yarası nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Olayın oluş şekli, tarafların konumları dikkate alınarak, sanıkların hedefi olan kişiyi silahla öldürmeleri olayında üçüncü bir şahsın vurulacağına muhakkak olmadığı, üçüncü kişinin ölümüne neden olan kurşunun hangi sanığın silahından çıktığı ise tespit olunamamıştır. Dört sanığın silahları ile ayrı ayrı ateş etmeleri suretiyle fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurdukları ifade edilmiştir. Olayın meydana geldiği sokağın dar oluşu, bu alanda silahlarını kasıtlı olarak ateşlemeleri ve bu fiili işlerken neticelerini öngörüp bunları kabul ettikleri değerlendirilerek olası kastla her bir sanığın üçüncü bir kişinin ölümünden iştirak halinde sorumlu oldukları kabul edilmiştir^[93].

Bir başka olayda Yargıtay, benzer şekilde, her iki sanığın ayrı silahlarla ateş etmek suretiyle asıl öldürmek istedikleri kişi dışında, araçta bulunan üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebep oldukları gerekçesiyle yaralama eyleminden cezalandırılmalarını yerinde bulmuştur. Davaya konu olayda, failerin ikisinin silah kullandığı tespit edilmiş ve failer asıl eylemi birlikte gerçekleştirirken, üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermişlerdir^[94].

[93] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 23 Şubat 2022 Tarih ve E.2020/2876, K.2022/1405.

[94] “İleri sürülen iddia ve savunmaların toplanan delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterildiği, vicdani kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olduğu, dosya kapsamında eksik incelemenin söz konusu olmadığı, katılanların beyanları, teşhis tutanaklarının içeriği, olay yerinden ele geçirilen kovanların iki ayrı silahla atıldıklarına dair uzmanlık raporu, sanıkların savunmalarının aksine olay gün ve saatinde olay yerinde bulduklarını destekleyen HTS kayıtları ile Olay ve Olgular kısmında yer verilen diğer deliller karşısında haklarında mahkûmiyet hükümleri kurulmasında bir isabetsizlik

Yargıtay incelemesinden geçen bir başka olayda, karşıt iki grup arasında silahlı çatışma meydana gelmiş, kimin silahından çıktığı belirlenemeyen bir merminin isabet etmesi sebebiyle, taraflar ile husumeti bulunmayan bir kişi hayatını kaybetmiştir. Yargıtay, sokak üzerinde iki taraflı silahlı çatışma şeklinde gerçekleşen olayda, maktulün ölümüne sebep olan merminin hangi sanığa ait silahtan atıldığına belirlenemediği hallerde, iki grup üyeleri arasında birlikte suç işleme kararı olmadığından, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her bir sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda, iki üye, tüm sanıklar yönünden olası kast ile öldürmeden ceza verilmesi gerektiğini düşünerek karara muhalefet serhi yazmıştır^[95]. Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlarda benzer şekilde uygulamaya devam edildiği, karşıt gruplar arasında bir çatışma söz konusu

bulunmadığı, her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesi kararında istinaf istemleri hususunda ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemiş ise de bu bölümde, ilgili temyiz sebeplerine yönelik gerekçeli değerlendirme yapılarak söz konusu eksikliğin Yargıtay tarafından giderilmiş olduğu, sanıkların önceye dayalı husumet nedeniyle katılan H.'ı hedef alarak, elverişli silahlarla yakın mesafeden birden fazla kez öldürme kastıyla ateş ettikleri ancak; aracın hareket halinde olması ve ateş sesi ile birlikte hızlanması sebebiyle katılan H.'ın isabet almadığı, bu nedenle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı, sanıkların önceki öldürme suçuna fail, yardım eden veya azmettiren olarak iştiraki bulunmayan katılan H.'ı bir görevi yerine getirme inancı ve sırf kan gütme saikiyle öldürmeye teşebbüs ettikleri, olay anında aynı araçta bulunan ve kırılan cam parçalarının isabet etmesi nedeniyle yaralanan katılan F.'e karşı gerçekleştirilen eylemin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, takdiri indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde eleştiri nedeni dışında hükümlerde hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 22 Mart 2023 Tarih ve E.2022/3023; K.2023/1220.

[95] "Sokak üzerinde iki taraflı silahlı çatışma şeklinde cereyan eden olayda, maktulün ölümüne sebep olan merminin hangi taraftan atıldığına tespitinin mümkün olmadığı kabul edilen olayda; olası kasıtlı işlenen suçlarda fiilen birlikte hareket etmeyen karşı gruplardaki sanıklar hakkında TCK'nin 37. maddesinde belirtilen müşterek faillik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, maktulün ölümüne neden olan sanıkların belirlenip, neticeye göre cezalandırılmaları gerektiği, iki ayrı gruba ait sanıklar arasında birlikte suç işleme kararı ve iştirak iradesi bulunmadığına göre, oluşan şüphenin sanıklar lehine yorumlanması suretiyle ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 20 Mart 2019 Tarih ve E.2018/5762, K.2019/1750.

olduğunda, merminin silahından çıktığı tespit edilen sanığın olası kast ile ölüm neticesinden sorumlu tutulduğu görülmektedir^[96].

Yargıtay, bu tür durumlarda, failerin her birinin ateş edip etmediğini ele almaktadır. Şayet failerin hepsi ateş etmiş ve bu eylem sonucunda istenmeyen bir netice meydana gelmişse failerin tamamının olası kast ile meydana gelen neticeden cezalandırılmalarına karar verilmektedir. Aksi halde, müşterek faillerden silahla ateş etmeyenler bakımından olası kastın gerçekleşmeyeceğine hükmedilmektedir. Bu durumda, sadece silahı kullanan ve ölüme sebep veren kişi cezalandırılmakta; diğer failer ise iştirak iradeleri istenmeyen sonucu kapsamadıklarından dolayı sorumlu tutulmamaktadır^[97].

[96] “12.09.2019 günü sanık İ. H. B., S. Efendi Sokak girişinde bulunan Akbank önünde sokak içerisinde telefonla konuşmakta iken, yoğun olarak motosiklet sesleri geldiğini duyması üzerine motosikletli olan temyiz dışı sanık M. E. ve yanındaki arkadaşı S.’e telefonla konuştuğunu belirterek gürültü yapmalarını söylediği, bunun üzerine İ. H. ile M. arasında tartışma çıktığı, etraftakilerin müdahale etmesi sonucunda motosikletli şahısların olay yerinden ayrıldığı, bir süre sonra M.’un yanında diğer iki arkadaşı temyiz dışı S. A. ve M. S. T. ile tekrar olay yerine geri geldiği, sanık İ. H. gelen şahıslar ile tartışırken akrabası olan temyiz dışı O. A.’in de olaya dahil olduğu, olay yerine gelen M., Se. ve M. S. ile O. arasında arbede yaşandığı ve M., M. S. ve Se.’in O.’ı darp ettiği, M. S.’in silahla O.’ı yaraladığı, kavga esnasında O.’in ise M. ve S.’i bıçakla yaraladığı, olay yerine gelen maktul çocuk E.’in ise tarafı olmadığı kavga esnasında O. tarafından bacağından bıçakla yaralandığı, sanık İ. H.’in ise silahını alarak ilk olarak havaya ardından elinde silahla kaçmakta olan M. S.’e doğru ateşlediği, M. S.’in tam arkasında bulunan maktulün ise sanık İ. H.’in açtığı ateş sonrasında yaralandığı ve kaldırıldığı hastanede öldüğü değerlendirilerek sanık hakkında olası kastla nitelikli öldürme suçundan uygulama yapıldığı, anlaşılmıştır... sanığın kalabalık ve işlek bir caddede öldürücü niteliği haiz tabanca ile sonucu öngörerek ateş ettiği anlaşılmalı olayın gerçekleşme şekline göre suç vasfının tayininde isabetsizlik bulunmadığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya yeterli olduğu, maktul tarafından sanığa yönelen bir saldırı bulunmayıp bu saldırıyı uzaklaştırmak amaçlı meşru savunma veya sınırın aşılması halinden bahsedilemeyeceği, dosya içeriğinden maktülden sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan bir eylemin bulunmadığının tespit edildiği anlaşıldığından anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde hükümde hukuka aykırılık bulunmamıştır”. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 05 Ekim 2023 Tarih ve E.2022/8638, K.2023/5970.

[97] “...kasten öldürmeye teşebbüs eyleminin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya yeterli olduğu, suçta kullanılan aracın öldürmeye elverişli olduğu, sanıkların aralarında önceye dayalı husumet bulunan, mağdura yönelik öldürme kastıyla ısrarlı takipleri ve atış sayısı gibi hususlar

Yargıtay'ın bu kabulünde faillerin sonucu öngörmelerine rağmen, eylem

nazara alındığında suç vasfının kasten öldürmeye teşebbüs olarak kabulünde isabetsizlik bulunmadığı, eyleme uyan suç vasfı ile yargılama sonucunda oluşan kanaat ve takdire göre ceza yaptırımının yasal bağlamda ve gerekçesi gösterilerek belirlendiği, sanıklar mağdur O.'un elinde bir cisim olduğunu ve kamyonete binerek üzerlerine geldiğini beyan etmiş iseler de; Mahkemenin kabulünde belirttiği gibi dosyada mevcut kamera kayıtlarında mağdurun sanıkların üzerine gelmediği, mağdurun sanıklardan kaçmaya çalıştığı anlaşıldığı, sanıkların mağdurdan korkmalarına rağmen araçları ile mağduru takip etmiş olmalarının da hayatın olağan akışına aykırı olduğu anlaşılacakla, olayda meşru savunma koşullarının bulunmadığının sabit olduğu, mağdurdan sanıklara yönelen ve haksız tahrik oluşturan eylemlerin niteliği ve ulaştığı boyut dikkate alındığında belirlenen indirim oranının isabetli olduğu, maktul A.'ya yönelik eylemin sanıklardan T. tarafından olası kast altında işlendiği, olası kastla işlenen suçlarda sadece failin sorumluluğuna gidilebileceği, bu bağlamda mağdur O.'a yönelik eyleme iştiraki bulunmakla birlikte maktul A.'nin ölümüyle sonuçlanan eylemde maktule yönelik atışı tespit edilemeyen sanık T.'in bu suçtan beraatine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı, takdiri indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 22 Kasım 2023 Tarih ve E.2022/9334, K.2023/7074. Başka bir olayda sanıklar karşılıklı gruplar haline silahlı çatışmaya girmiş ve olası kastla bir kişinin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Konu ile ilgili benzer şekilde, hangi silahtan atıldığı tespit edilen sanık yönünden karar verilmiştir. "Sanık S. müdafilerinin eksik araştırmaya, suçun işlenmediğinden bahisle sübuta, meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelen temyiz istemleri yönünden yapılan incelemede, İleri sürülen iddia ve savunmaların toplanan delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterildiği, vicdanî kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, olay esnasında sanığın ve maktulün bulunduğu konum, sanığın kullandığı silahtan atıldığı belirlenen mermi çekirdeklerine ait parçaların maktulün cesedinin hemen yanında bulunması hususları birlikte gözetildiğinde eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olduğu, eksik araştırmanın bulunmadığı, 5237 sayılı Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca meşru savunma şartlarının oluşmadığına, sanığın öğle yemeği sıralarında olayın geçtiği nakliyeciler sitesi içerisine doğru orada bulunması muhtemel kişi veya kişilerin yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörebilecek durumda olmasına rağmen neticeyi kabul ederek ateş etmeye devam etmek suretiyle maktulün ölümüne sebebiyet vererek olası kastla öldürme suçunu işlediği kabul edilerek buna göre uygulama yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 20 Haziran 2023 Tarih ve E.2022/1371, K.2023/4400.

planından vazgeçemedikleri ve kabullendikleri esas alınmaktadır. Ancak, meydana gelen sonucun gerçekleşmesinin muhtemel olmasından ziyade muhakkak olduğunun kabul edildiği durumlarda olası kast yerine doğrudan kast ile uygulama yapılmaktadır^[98].

765 sayılı TCK döneminde, 463 üncü maddede bu tür durumları düzenleyen bir hüküm bulunmaktaydı. Öldürme veya yaralama fiillerini iki veya daha çok kişinin birlikte gerçekleştirdiği ve failin kim olduğunun belirlenmediği hallerde, her bir fail hakkında tayin edilmiş cezadan belli bir oranda indirim yapılması öngörülmekteydi. Mülga kanundaki bu çözüm şekli, haksız durumda bulunan kimse, bundan doğan tüm sonuçlardan sorumludur (versari in re illicita) kuralını esas almaktaydı. Bu prensip günümüz ceza hukukunda kabul görmemektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, bu tür durumlarda, açıkça kararlaştırılanın dışında bir başka suç tipinin daha gerçekleştirilebileceğini her müşterek fail somut olayda hesaba katmakta ve bunun gerçekleştirilebileceğini göze almaktadır. Her ne kadar hedef alınan şahsın dışındaki kişiye karşı müşterek faillerin, bir ortak kararı bulunmama ile beraber, somut olayda en azından zımni olarak üçüncü bir şahsın da yaralanabileceğine veya ölebileceğine dair müşterek bir iradelerinin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, müşterek faillerin işlemeyi kararlaştırdıkları suçun dışında bir başka suçu da işleyebileceklerine yönelik olası kast ile hareket etmeleri halinde, iştirak kurallarına göre sorumluluğun belirlenmesinde teorik açıdan bir sorun bulunmamaktadır. Böyle bir durumda meydana gelen neticeden tüm müşterek faillerin sorumlu tutulması gerekir. Şayet ölüm neticesi gerçekleşmişse olası kastla öldürmeden, yaralama gerçekleştirmişse yaralamadan hüküm kurulması gerekir. Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmesi durumunda, diğer unsurlar

[98] "...sanıklar M. Ç. ve Ö. T.'in tüfeklerle gazinoya doğru ateş ettikleri, yapılan atışlar sırasında katılan E. gazino kapısı önünde görünür vaziyette iken, atışlardan birisi katılan E.'ye isabet ederek Adli Tıp raporunda belirtildiği şekilde yaralanmasına sebep olduğu olayda, her ne kadar sanıklar Ö. ve M. ile katılan E. arasında öldürmeyi gerektirir bir husumet yoksa da etkili atış mesafesi, suçta kullanılan silahın öldürmeye elverişli olması, 4-5 el ateş edilmesi, katılan E. 'nin bulunduğu yer itibarıyla isabet almasının mutlak ve kaçınılmaz olduğu dikkate alındığında, sanıkların eylemlerinin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna yönelik Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarında isabetsizlik görülmediğinden Tebliğname görüşüne iştirak olunmamıştır".
Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 21 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/4026, K.2023/7042.

da mevcutsa, öldürmeye teşebbüsten ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür^[99].

Doktrinde, karşıt guruplar arasında meydana gelen silahlı çatışmalar bakımından, iki ayrı grubun olası kastla neden oldukları neticeye birbirlerine isnat edilebilecek şekilde katlanmalarından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, gerçekten aynı yönden hareket eden müşterek faillerden her birinin diğer müşterek failin fiilinin meydana getirebileceği olası sonuçları kabullendiğinden ve dolayısıyla meydana gelen neticeyi onunla birlikte üstlendiğinden söz edilebilirse de; bu isnadiyetin karşı gruplara yüklenmesi mümkün değildir. Burada her iki grubun olayla tarafı olmayan üçüncü bir kişiye karşı birlikte suç işleme kararı çerçevesinde hareket ettiklerinden söz edilemez. Bu nedenle, her iki grupta yer alan faillerin müstakil fail olarak kabul edilmeleri; olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmesi halinde, her bir failin olası kastla öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Olası kast ile işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmediği hallerde ise, faillerin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma (TCK m. 87/4) suçundan cezalandırılmaları gerektiği ileri sürülmüştür^[100].

Yukarıda verilen örnekleri, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında belirlediği kriterler uyarınca incelemekte fayda vardır. Öncelikle, somut olayın özelliklerinin dikkatlice incelenmesinde yarar vardır. Olay yerinin dar bir sokak olduğu, üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalinin yüksek olduğu bir zaman diliminde fiil işlenmiş, failer düşüncesizce hareket ederek, tehlikeyi artırmışsa istenmeyen sonucu kabullendikleri, göze aldıkları kabul edilebilir. Eylem ne kadar tehlikeli ve sonuç ne kadar muhtemel ise kastın varlığı o kadar yüksektir.

Tüm failer yönünden olası kastın bilme ve iradi unsurları araştırılmalıdır. Genel bir bakışla ve ex ante bir değerlendime ile somut olayda her bir fail yönünden kastının istenmeyen neticeyi kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Her bir failin ruhi durumu esas alınarak, failin bakış açısı

[99] Mahmut Koca, "Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi", in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 112; Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022, s. 118.

[100] Koca, "Müşterek Faillerin Olası Kastla...", s. 115.

ile suçun işlenmesi anında neticeyi öngörmesini etkileyebilecek hususların varlığı gözden geçirilmelidir. Olası kast istisnai bir durum olduğundan dar yorumlanmasında yarar vardır^[101].

Olası kast ile ilgili belirleme yaptıktan sonra, müşterek faillik hükümlerine göre meseleyi incelediğimizde, öncelikle faillerin ortak suç kararının kapsamına istenmeyen sonuçların da girdiği ispatlanmalıdır.

Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet, müşterek failler arasında, üzerinde anlaşmaya varılmış bir suç planının varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu anlaşma en geç suçun işlenmesi anında, iradi ve karşılıklı olarak hareket etmeyi kapsamaması, bunun diğer ortakların bilgisine ulaşması ve onların açık veya zımni onayını alması önem arz etmektedir^[102]. Bu sebeple, müşterek faillerden her birinin diğerinin eylemi hakkında genel bir fikre sahip olması yeterlidir^[103]. Ancak, müşterek faillik, ne ortak bir eylem planı üzerinde açık bir anlaşmayı ne de başka bir kişinin eylemlerinin tüm ayrıntılarını bilmeyi gerektirir^[104].

Müşterek faillerden birinin ortak suç işleme kararının sınırını aşması durumunda, bu husus öngörülebilir ve ihtimal dâhilinde ise; buna katlandıklarının ortaya konulması kaydıyla işlenen suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler^[105]. Müşterek faillerden biri planlanan suçun sınırını suurlu bir biçimde aşması halinde, aşılan kısım açısından sınırı aşan suç ortağı ya müstakil fail olarak veya şartları varsa aşılan kısmın icrasında diğer müşterek fail/failleri vasıta olarak kullanmışsa dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Ancak illiyet bağındaki önemsiz sapmalar müşterek failliğin kabulüne engel değildir. Açıkça kararlaştırılan aksine, müşterek faillerden birinin kararlaştırılan suçun nitelikli şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirme halinde, diğer müşterek failler gerçekleşen bu ağır neticeden ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun

[101] İçel, *Genel Hükümler*, s. 446.

[102] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 456.

[103] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 762.

[104] Kararlar için bkz. BGH, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 StR 191/02–NStZ 2003, 85; BGH, Urt. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90–BGHSt 37, 289; BGH, Urt. v. 8.10.2014–1 StR 359/13 Rn. 28, § 25 StGB – Täterschaft, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 15.01.2024)

[105] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 762.

gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için suçun somut işlenişi açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız kalındığına dair sarih ve zımni bir müşterek iradenin varlığı gereklidir.^[106] Başka bir deyişle, müşterek faillerden birinin sınırı aşması halinde, diğer suç ortaklarının öngördükleri ve ihtimal dâhilindeki bu duruma kayıtsız kalmaları veya buna ses çıkarmayarak katlanmaları gerekir^[107].

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, somut olayın özelliklerine göre, suçun işlenmesi sırasında, rizikonun göze alındığı ve kabullenildiği tespit edilmelidir. Örneğin, şehrin işlek caddelerinden birinde, yaya ve araç trafiğinin yoğun olduğu bir vakitte, düşüncesizce hasmını öldürmek için uzun namlulu silahlarla ateş edilerek çevrede bulunan üçüncü kişilerin yaralandığı veya öldüğü bir olayda, tüm faillerin olası kast ile hareket ettikleri kabul edilmelidir. Bu meyanda, suç planı ne kadar belirsiz ise ve tehlike ne kadar yüksek ise sorumluluğun kapsamı da o ölçüde genişlemektedir. Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eş değer neticeler istenmemiş olsalar da faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Suç ortağının eylemine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan diğer suç ortakları neticeden sorumlu olurlar.

Faillerin kastına göre bir değerlendirme yaparak, öldürme kastı ile hareket edildiği durumlarda tüm failleri öldürmeden; yaralama kastı ile hareket edilmiş ancak ölüm sonucu meydana gelmişse, TCK'nın 87 nci maddesinin dördüncü fıkrası uygulanarak, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinden sorumlu tutmak gerekir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında vurguladığı üzere, faillerin üçüncü bir kişinin ölümünü veya yaralamasını ne şekilde onayladıklarının, gerçekleştirilen fiilin sonucunda meydana gelen başka neticelerin ciddi bir biçimde öngörülebilir olup olmadığının, neticenin önlenmesi için bir çaba içine girilip girilmediğinin incelenmesi gerekir. Suçun tüm maddi

[106] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 620.

[107] Doktrinde bir görüşe göre, hedefte sapmanın bu tür durumlarda uygulama yeri bulunmamaktadır. Somut olarak gerçekleşen netice ile tasavvur edilen konu üzerinde gerçekleştirilmesi amaçlanan netice failin kastının kapsamındaysa, artık sapma ile uyuşan bir durum yoktur. Hedefte sapmadan bahsedebilmek için meydana gelen somut neticenin kast kapsamında olmaması gerekir. Tulay, Şahısta veya Konuda Hata, s. 200-201.

ve manevi unsurları ile birlikte faillerin içinde buldukları ruhi durum da dikkate alınarak belirlemeye gidilmelidir. Aksi takdirde, iştirak iradesinin istenmeyen sonucu kapsamadığı, neticenin göze alınarak kabullenildiği, bunun tüm faillerce zımnen de olsa onaylanmadığının kabul edildiği durumlarda, olası kast ile birlikte hareket etme söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, olası kast ile hareket eden failin, müstakil fail olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hangi failin silahından çıktığı tespit edilemeyen bir mermi ile ölüm veya yaralama neticesi meydana gelmiş ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince tüm sanıkların beraatlarına karar verilmelidir.

Mahkemenin, faillerin gerçekleştirmeyi planladıkları bir fiilin icrası sırasında, istenmeyen bir neticenin meydana geldiği her durumun faillere karşılıklı olarak yüklenemeyeceğine dair tespiti önemlidir. Somut olayın özelliğine göre, tehlikenin daha az olduğu, nispeten geç ve تنها bir vakitte fiilin işlendiği, üçüncü kişilerin zarar görmemesi için tedbir alındığı, failin atıcılığına veya tecrübesine güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğine inandığı durumlarda bilinçli taksir ile sorumluluğa gitmekte yarar vardır. Faillerin tehlike halini öngörmelerine rağmen, üçüncü bir kişinin ölümünü onaylamadıkları, neticenin meydana gelmeyeceğine somut bulgulara göre ciddi bir biçimde güvendikleri durumlarda bilinçli taksir hükümleri uygulanmalıdır. Hangi failin fiili gerçekleştiğinin tespit edildiği durumlarda, o fail yönünden cezai sorumluluğun tayinine gitmenin; aksi halde tüm faillerin şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraatına karar vermenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Karşıt gruplar arasında meydana gelen silahlı çatışmalarda, yukarıdaki kabul ile bağlantılı olarak, faillerin karşılıklı olarak ve birbirlerini tamamlayıcı, destekler mahiyette olay ile alakası olmayan bir kişinin ölümünden sorumlu tutulmaları, tüm faillere neticenin sorumluluğunun yüklenmesi müşterek faillik hükümlerine göre mümkün değildir. Faillerin, üçüncü bir kişiyi öldürme konusunda ortak bir suç işleme kararından söz edilemeyeceği gibi, fiili birlikte işledikleri de sabit değildir. Faillerin ne şekilde üçüncü bir şahsın ölümünü onayladıkları, bir suç işleme planı çerçevesinde hareket ettiklerinin ispatı sorun teşkil etmektedir. Dolayısıyla, müstakil faillik hükümlerine göre hareket etmek gerekir. Failler neticeyi ciddi bir biçimde öngörmelerine rağmen, amaç suçun işlenmesinden vazgeçmemiş, kontrolsüzce hareket ederek başka kişilerin can güvenliğini riske atmış, tehlikeli

durumun sonucunda istenmeyen sonuçlar meydana gelmiş ise, her bir fail ayrı ayrı olası kast ile sorumlu tutulmalıdır^[108].

SONUÇ

Türk ve Alman mahkeme kararlarını incelediğimizde, müşterek faillerin olası kastla hareket ederek bir suçu işlemelerini kabul eden kararlara rastlamaktayız. Yaptığımız araştırmalarda, uygulamada karşılaşılan örneklerin daha çok öldürme ve yaralama suçları ile alakalı olduğunu görmekteyiz.

Bir suçun istenmeyen neticelerinin göze alındığı, kabullenildiği veya buna katlanıldığı durumlarda, müşterek faillerin sorumluluğuna gidilmektedir. Öncelikle, ex ante bir değerlendirme ile her bir fail yönünden neticenin gerçekleşmesi tehlikesinin ciddi bir biçimde öngörüldüğünün, zımni de olsa onaylandığının tespiti gerekir. Failin bakış açısıyla bunu engelleyen bir halin bulunup bulunmadığı da ayrıca incelenmelidir.

Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eş değer neticeler bakımından, bunlar istenmemiş olsalar dahi faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Suç ortağının eylemine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan, kendi içinde bu durum ile uzlaşan failler gerçekleşen neticeden karşılıklı olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu anlamda, tehlikeli durumun faillerin ortak suç işleme planı içinde olduğu, göze alındığı kabul edilmelidir.

Yargıtay kararlarını incelediğimizde, istenmeyen neticenin ne şekilde diğer faillere isnad edildiğine dair somut belirlemeler olmakla birlikte, bunlar yetersizdir. Özellikle, bilinçli taksir ve olası kast ayırımının yapılabilmesi açısından somut olaya dair hangi bulgulardan hareket edildiği her durumda açık değildir. Hukuki güvenlik ve gerekçe hakkı açısından somut olayda bu hususların ortaya konulmasında yarar vardır.

[108] Aksi yönde, merminin kimin silahından çıktığının belirlendiği durumlarda o failin olası kast ile sorumluluğuna; belirlenemediği durumlarda ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince tüm sanıkların beraatına karar verilmesine dair görüşler için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 651; Ersan Şen ve Erkam Erdem, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, <https://sen.av.tr/tr/makale/olası-kast> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2023.
- Artuk, M. Emin *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 17. Baskı, 2023.
- Blank, Theodor, *Strafrecht AT 1*, München, Heymanns, 2001.
- Çakır, Kerim, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022.
- Deiters, Mark, “Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess”, *ZIS*, Cilt: 14, Sayı: 7-8, 2019, https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1308.pdf (Yayın Tarihi: 8.01.2024).
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023.
- Dönmezer, Sulhi *et al.*, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt: II, İstanbul, DR, 15. Tıpkı Baskı, 2021.
- Dülger, M. Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2023.
- Dülger, M. Volkan, “Yargıtay 1. CD’nin Doğrudan Kast-Olası Kast Ayırımına İlişkin Kararının Türk ve Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Eisele, Jörg, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 73, Sayı: 11, 2018, s. 549-556.
- Grünwald, Anette, “Mord Für Ein Tödlich Endendes Autorennen Auf Dem Kursfürstendamm”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 72, Sayı: 21, 2017, s. 1069-1072.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 29. Baskı, 2024.
- Hörnle, Tatjana, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2018, s. 1576-1578.

- Melanie Halbig, “Abgrenzung Zwischen Bewuster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz”, Johannes Kepler Universitaet Linz, diplomarbeit, Mart 2015, <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/417033?originalFilename=true> (Yayın Tarihi: 19.05.2024)
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2023.
- Jäger, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, 4. Baskı, 2009.
- Joecks, Wolfgang ve Kulhanek, Tobias, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Heidelberg, C. H. Beck, 4. Baskı, 2020.
- Kan, Celal Hakan, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu*, Ankara, Akademisyen, 1. Baskı, 2023.
- Karaaslan, Reşit, “Ölüm veya Yaralama İle Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 145, 2019.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.
- Mahmut Koca, “Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Kindhäuser, Urs, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-14.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024).
- Lekvall, Ebba ve Martinsson, Dennis. “The Mens Rea Element of Intent in the Context of International Criminal Trials in Sweden”, <https://www.open-access.bcu.ac.uk/11832/1/PUBLISHED%20VERSION.pdf> (Yayın Tarihi: 15.01.2024).

- Momsen, Carsten, “Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?”, *KriPoZ*, Sayı: 2, 2018, s. 76-100.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 22. Baskı, 2022.
- Puppe, Ingeborg, “Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis”, *ZStW*, Cilt: 103, Sayı: 1, 1991, s. 1-38.
- Puppe, Ingeborg, in *Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 6. Baskı, 2023.
- Satzger, Helmut, “Der Vorsatz, einmal näher betrachtet”, *Juristische Ausbildung (Jura)*, Cilt: 2, 2008, s. 112-118.
- Steininger, Einhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung*, Cilt: 2, Viyana, Linde, 2012.
- Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 30. Baskı, 2019.
- Şen, Ersan ve Erdem, Erkam, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, <https://sen.av.tr/tr/makale/olasi-kast> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- Tarhan, Esmâ Nur, “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 3, 2020, s. 447-500.
- Taylor, Greg, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Sayı: 1, Bahar 2004, s. 99-127.
- Tulay, M. Emre, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Ankara, Adalet, 2023.
- Valerius, Brian, in *BeckOK OWiG*, München, C.H. Beck, 40. Baskı, 2023.

- Vavra, Rita ve Holznagel, Sascha, “Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem”, *ZJS*, Yıl: 2018, Sayı: 6, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_6_1262.pdf (Yayın Tarihi: 15.01.2024).
- Wessels, Johannes ve Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C. F. Müller, 39. Baskı, 2009.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2018.
- Zehetgruber, Christoph, “Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-“ bzw. „Raserfällen”, *KriPoZ*, Cilt: 6, 2018, s. 358-362.
- BGH, Urteil vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55 BGHSt 7, 363, *NJW* 1955, s. 1688.
- BGH, Urteil vom 20.06.2000- 4 StR 162/00, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20442&pos=0&anz=1> (Yayın Tarihi: 19.05.2024).
- BGH, Beschluss vom 03.03.2011–4 StR 52/11, <https://openjur.de/u/165135.html> (Yayın Tarihi:12.10.2024).
- BGH, Urteil vom 26.01.2005–5 StR 290/04, <https://openjur.de/u/181492.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Urt. v. 26.1.2005-5 StR 290/04, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Beschl. v. 1.9.2016–2 StR 19/16 Rn. 19, <https://openjur.de/u/2115666.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Urt. v. 22.11.2000–3 StR 331/00–NStZ 2001, 143; BGH, Urt. v. 19.3.2013–5 StR 575/12, kararlar için bkz, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html#mittaeterschaft, (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Beschluss vom 16.06.2019- 4 StR 345/18, karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=4%20StR%20345/18&nr=93009> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

- Der Dolus Eventualis und Sein Beweis, Der Berliner Raserfall, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/dolus_eventualis.pdf (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- Der Lederriemenfall nach BGHSt 7, 363, <https://www.lecturio.de/magazin/bghst-7-363-lederriemenfall/> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- “Der BGH und die “mörderischen Raser”, <https://www.juracademy.de/rechtsprechung/article/bgh-moerderischen-raser> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17, ZIS 2017, www.zis-online.com (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- Mittäterschaft, <https://kripoz.de/Schlagwort/mittaeterschaft/> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

Konkordato Kesin Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi (İİK M. 296)

Yunus Emre GÖGER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doktora Öğrencisi, Hacettepe Üniversitesi SBE Özel Hukuk Bölümü,
yegoger@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-8706-0054.

Makale geliş tarihi: 6 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 23 Mayıs 2024

Atf önerisi: Göger, Yunus Emre, “Konkordato Kesin Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi (İİK m. 296)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s. 187-232. **DOI:** 10.30915/abd.1432736.

KONKORDATO KESİN MÜHLETİNİN KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ (İİK M. 296)

ÖZ

Borçluya konkordato mühleti verilmesi, sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan kira sözleşmeleri bakımından önemli bazı sonuçlar doğurmaktadır. Konkordatoda aslolan alacaklıları mağdur etmeden borçlunun menfaatlerini ön planda tutmaktır. Ancak kira sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde her iki tarafın menfaatinin gözetilmesi ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla kanunkoyucu, İcra İflas Kanunu madde 296 ile bir yandan fesih yetkisinin kötüye kullanılmasını önlenmeye çalışmış; bir yandan da karşı tarafın menfaatlerini gözetmiştir. Bu çalışmada konkordato kurumunun, kira sözleşmelerine etkisi ve kiralayan ile kiracı arasındaki menfaat dengesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: iflâs hukuku, konkordato, kira sözleşmesi, konkordato mühleti, sürekli sözleşmeler

EFFECT OF DEFINITE POSTPONEMENT OF COMPOSITION ON LEASE AGREEMENTS (ARTICLE 296)

ABSTRACT

Granting a concordat period to the debtor brings about significant consequences concerning continuous debt relationships, particularly in the context of lease agreements. The main objective of concordat is to prioritize the debtor's interests without harming the creditors. However, in continuous debt relationships such as lease agreements, it is crucial to consider the interests of both parties. Therefore, the legislator attempted to prevent the abuse of termination rights with Article 296 of the Enforcement and Bankruptcy Law while also safeguarding the interests of the counterparty. This study examines the impact of the concordat institution on lease agreements and the balance of interests between lessors and lessees.

Keywords: law of bankruptcy, concordatum, rental contract, restructuring, continuous contracts

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu, işleri iyi gitmeyen ve mali yapısı bozulmuş olan iyi niyetli borçluların, haciz ve iflas gibi tehditlerden korunarak ekonomik faaliyetlerini devam ettirmelerine ve borçlarını ödeyebilmelerine imkân sağlamak amacıyla konkordato müessesesini düzenlemiştir^[1]. Konkordatoda aslolan alacaklıları mağdur etmeden borçlunun menfaatlerini ön planda tutmaktır^[2]. Konkordato sayesinde; iflâsa tabi olmayan borçlu malvarlığının haczinden, iflâsa tabi olan borçlu ise iflas takibinden korunma olanağına sahip olacaktır. Bununla birlikte konkordato, borçlunun menfaatine olduğu kadar alacaklıların da menfaatindedir^[3]. Özellikle iflâsa tabi olan borçlular açısından konkordato, borçlunun ticari hayatına devam etmesi ve borçlarını belirli bir plan içerisinde ödemesi, böylece bütün alacaklıların alacaklarına kavuşması imkânı sağlayacaktır. Aksi halde borçlunun iflas ile tasfiyesi halinde alacaklılar için zor ve yorucu bir süreç doğacak ve hatta çoğu durumda birçok alacaklı alacaklarına kavuşamayacaktır^[4].

Konkordatonun alacaklılar açısından en önemli sonucu İcra İflas Kanunu (İİK) m. 294/1'de düzenlenmiştir.^[5] Buna göre; “Konkordato mühleti içerisinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz

[1] Ramazan Arslan *et al.*, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2019, s.544.; Hakan Pekcanitez *et al.*, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, On İki Levha, 6. Baskı, 2019, s.465.; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2019, s. 500.

[2] Ayşe Arat ve Meltem Ercan, “Konkordato-İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 145, Eylül 2018, s. 14-28.; Hakan Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2020, s. 36.

[3] Arat ve Ercan, *op. cit.*, s. 14-28; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2018, s. 5.

[4] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 37.

[5] Mahmut Vefa Toroslu, *Hukuksal ve Finansal Açından Konkordato*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2019, s. 70.

kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez”.

Elbette ki bu kuralın birtakım istisnaları da düzenlenmiştir^[6]. İlk olarak; İİK m. 294/2’de “206’ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre; kanun koyucu, imtiyazlı alacak olarak gördüğü özel nitelikli alacaklarda, takip yasağını uygulamamaktadır. Maddenin gönderdiği İİK m. 206’da düzenlenen birinci sıradaki alacaklılar ise; “A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları, B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları, C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.” şeklinde öngörülmüştür.

Diğer bir istisna ise İİK m. 295’de^[7] düzenlenen rehinli alacaklılarla ilgilidir. Buna göre; konkordato mühleti sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar için rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir ya da başlamış olan takiplere devam edilebilir.

Ayrıca İİK’nın 308/c maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hükme göre; tasdik kararı ile bağlayıcı hale gelen konkordato, kural olarak konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburidir (İİK m. 308/c/2). Ancak bu aşama için öngörülen istisna ise; aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “İİK m. 206 kapsamında düzenlenen birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve

[6] Banu Bilge Sarihan, “Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Haziran 2020, s. 84.

[7] İİK m. 295; “Mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.”

6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacakları hakkında İİK m. 308/c/2 hükmü uygulanmaz.”^[8]

Bütün bunlarla birlikte konkordato mühleti içerisinde alacaklılar borçluya karşı iflas davası hariç yeni davalar açabilecek ve derdest olan davalara devam edebilecektir. Yani konkordato talebi ve mühlet verilmesi, konkordato talep eden borçlu aleyhine dava açılmasına engel değildir^[9]. Ancak görülen davalar sonucunda alınan mahkeme ilamları, konkordato mühleti süresince borçluya karşı ancak yukarıda sayılan istisnalar halinde takibe konu olabilecektir^[10]. Belirtilen bu istisnai haller dışında kanun koyucu herhangi bir istisna düzenlememiştir. Dolayısıyla kira sözleşmeleri de İİK m. 294/1 hükmünde düzenlenen takip yasağı kapsamındadır. Yargıtay da gerek öncesinde gerekse de 15 Mart 2018 tarih ve 30361 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra takip yasağının istisnalarını dar yorumlamaktadır^[11].

Konkordato mühleti içerisinde uygulamada en çok karşılaşılan sürekli borç ilişkisi, kira sözleşmeleridir. Kira sözleşmeleri her ne kadar takip yasağı kapsamında kalsa da sözleşmenin karşı tarafında oluşabilecek zararların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira konkordato talebinden itibaren geçecek geçici^[12] ve kesin^[13] mühlet boyunca -ki bu süre iki yıla

[8] Sarıhan, *op. cit.*, s. 84.

[9] Mahmut Coşkun, *Konkordato ve İflas*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019, s. 124-125.; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato)*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2017, s. 21.; Sarıhan, *op. cit.*, s. 84.

[10] Coşkun, *op. cit.*, s. 124.

[11] Sarıhan, *op. cit.*, s. 84.

[12] İİK m. 287/4 geçici mühleti düzenlemiştir. Buna göre; “Geçici mühlet üç aydır. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine geçici mühleti en fazla iki ay daha uzatabilir, uzatmayı borçlu talep etmişse geçici komiserin de görüşü alınır. Geçici mühletin toplam süresi beş ayı geçemez.”

[13] İİK m. 289/3 kesin mühleti düzenlemektedir. Buna göre; “Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir. Bu kararlar birlikte mahkeme, yeni bir görevlendirme yapılmasını gerektiren bir durum olmadığı takdirde geçici komiser veya komiserlerin görevine devam etmesine

yakın olabilmektedir- kira borcunun ifa edilememesi ihtimali gündeme gelecektir^[14]. Bu süre içerisinde sözleşmenin taraflarının konkordatodan etkilenmesi çoğunlukla kaçınılmazdır^[15]. Dolayısıyla bu kapsamda konkordato kesin mühletinin kira sözleşmesine etkisinin özellikle İcra İflas Kanunu'nun (İİK) “Kesin mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları” başlıklı 296. maddesi kapsamında incelenmesi gerekecektir^[16]. Ayrıca kira sözleşmesinin taraflarından birisinin konkordato ilân etmesi halinde bu durumun karşı taraf için haklı fesih nedeni olup olmayacağı ya da hangi hallerin haklı fesih nedeni olacağı hususları da ayrıca değerlendirilecektir.

I. KİRA SÖZLEŞMESİNE KONULAMAYACAK KAYITLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME (İİK M. 296/1-C.1,2)

28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 24. Maddesi ile; 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 296. maddesinde değişiklik yapılmış ve borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arzeden sözleşmelerin konkordato

karar verir ve dosyayı komişere tevdi eder.” Ayrıca İİK m. 289/5’de öngörülen ek sürelerle birlikte kesin mühlet en fazla bir buçuk yıl kadar sürebilmektedir.

[14] Sarıhan, *op. cit.*, s. 85.

[15] Efrail Aydemir, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019, s. 64.

[16] İİK m. 296; “(1) Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez. (Ek cümle:9/6/2021-7327/4 m.) Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir. (2) Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komişerin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır.”

talebinden önceki şartlarla devam ettirilmesine ilişkin usul ve esaslar yeniden düzenlenmiştir^[17].

İİK m. 296/1-C.1,2'ye göre; sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 331/1 “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir” hükmüne amir olup; taraflara geniş bir fesih imkânı tanımıştır. Sözleşmenin kurulma ânında bilinmemesi, öngörülmemesi ve olağanüstü nitelikte olması bakımından da uygulamada birçok sözleşmede, taraflardan birinin konkordato mühleti almasının diğer taraf için haklı fesih sebebi sayılacağına yönelik hükümler yer almaktadır.^[18] Taraflar da bu hükümlere dayanarak fesih hakkını kötüye kullanıp kira sözleşmelerinde haksız fesihler yapmaktadır. Genellikle de fesih sebebi olarak kira borcunun ödenmemesi gösterilmektedir. Ancak fesihlerdeki asıl sebep borçlunun konkordato mühleti almış olmasıdır.^[19] Böyle bir durumda feshin gerçekleşmesi halinde konkordato projesinin amacına ulaşması beklenemeyecektir. Dolayısıyla; kanun koyucu İİK m. 296/1-c. 1,2 ile borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde; “konkordato talebinde bulunması halinde sözleşmenin borçlu aleyhine sona erdirileceğine” ilişkin hükümler var ise bu hükümlerin geçersiz olacağını ve uygulanmayacağını düzenlemiş ve konkordato projesinin

[17] 15 Mart 2018 tarih ve 30361 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, 11.

[18] Sarıhan, *op. cit.*, s. 88.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 6. Baskı, 2018, s. 309.

[19] Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, İstanbul, Seçkin, 3. Baskı, 2020, s. 169.

amacına ulaşmasında borçlunun ticari hayatının devamı için zaruri olan sözleşmelerin katı bir şekilde korunmasını hedeflemiştir^[20].

O halde İİK m. 296/1'den hareketle kural olarak; sözleşme taraflarının, kira sözleşmelerine koydukları; “konkordato talep etmenin haklı fesih nedeni olacağı” na yönelik kayıtlar geçersiz sayılacaktır.^[21] Fakat işletme faaliyetinin sürdürülmesi elbette ki bu durumun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Kanun koyucu sözleşmenin borçlusunun bir işletmesinin olmasını ve kiralanan şeyin işletme faaliyetlerinin devamı için de zaruri önem arz ediyor olmasını şart koşturmuştur. Eğer kira sözleşmesinin konusu, kiracının işletme faaliyetlerinin devamı için zaruri önem arz ediyorsa, sözleşmede yer alan konkordato talep etmenin haklı fesih nedeni olacağına yönelik kayıtlar sebebiyle sözleşmenin feshi mümkün değildir. Ancak söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle, kira sözleşmesinin konusu böyle bir öneme sahip değilse ve eğer diğer şartlar sağlanıyorsa konkordato ileri sürülerek TBK m. 331 kapsamında önemli sebeple olağanüstü fesih yoluna gidilebilecektir^[22]. Örneğin konkordato talep eden borçlunun kiraladığı şey nadiren kullanılan bir depo ise, kira konusunun işletme faaliyetinin devamı için önem arz ettiği söylenemeyecektir. Benzer şekilde kira konusu şey örneğin şirket yöneticilerinin lüks sınıfa giren makam araçları ise ya da çalışanların dinlenmeleri için kullanılan masaj koltukları ise yani aslında işletme faaliyetlerini hiç ilgilendirmiyorsa da durum böyledir. Doktrinde bu gibi ihtimallerde yani kiralanan şeyin borçlunun işletme faaliyetleri için önem arz etmediği durumlarda İİK m. 296/1 hükmünün uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir^[23]. Kanaatimizce de kanun hükmünün düzenleniş biçiminden anlaşıldığı üzere kira sözleşmesinin konusu kiracının işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz etmiyor ise İİK m. 296/1 hükmünün uygulanmaması gerekecektir. Elbette ki kiralanan şey örneğin, bozulmaması için soğuk zincir uygulanması gereken malların içinde tutulduğu bir soğuk

[20] 15 Mart 2018 tarih ve 30361 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi.

[21] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 104.; Selçuk Öztekin *et al.*, *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 – 309 Şerhi*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019, s. 398 vd.

[22] Sarıhan, *op. cit.*, s. 89.

[23] *Ibid.*

hava deposu ise ve bu malları başka yere taşımak aşırı masraflı olacak ise, bu durumda borçlunun işletme faaliyetlerinin devamı ve konkordato projesinin başarıya ulaşması için sözleşmenin devam ettirilmesi gerekir. Öyleyse kira konusunun işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz edip etmediğinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Bütün bu açıklamalarla birlikte ilerleyen bölümlerde de inceleyeceğimiz üzere tarafların elbette ki genel hükümler çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakları devam etmektedir. Zira İİK m. 296/1-c.1,2 hükümleri, tarafların genel hükümlere göre sözleşmeyi sona erdirmeye haklarını ellerinden almamaktadır.

II. KİRA SÖZLEŞMESİNİN BORÇLUNUN KONKORDATOYA BAŞVURDUĞU GEREKÇESİYLE SONA ERDİRİLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ (İİK M. 296/1-C.3)

A) GENEL OLARAK

İİK m. 296/1-c.3'e göre; sözleşmede herhangi bir hüküm olmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçeyle sona erdirilemez. Kanun koyucunun buradaki amacı; konkordatonun, özellikle kira sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkilerinde kanunda belirtilen haklı nedenle fesih hâlleri kapsamında yorumlanmasını engellemektir^[24].

Kural olarak kira sözleşmelerinin feshi için haklı bir nedenin varlığı gerekmektedir. Yani taraflar haklı bir neden olmaksızın kira sözleşmesini feshetmek istedikleri takdirde bu fesih beyanı geçerli bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Kanun koyucu hangi hallerde kira sözleşmelerinin haklı nedenlerle feshedileceğini TBK m. 327-333 maddeleri arasında düzenlemiştir^[25]. Bunların arasında konkordato mühleti talep etmenin haklı bir neden olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yine de kanun koyucu; konkordato mühleti talep etmenin adi kira sözleşmeleri

[24] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 272-276.; Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2020, s. 176.

[25] 6098 sayılı TBK'nın kiraya ilişkin hükümleri kapsamında kira sözleşmesi; belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin geçmesi (TBK m. 327), belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirim (TBK m. 328-330), önemli sebepler (TBK m. 331), kiracının iflası (TBK m. 332) ve kiracının ölümü (TBK m. 333) halinde sona erebilecektir.

için TBK m. 331 hükmü ve ürün kirası sözleşmeleri için ise TBK m. 369 hükmü gibi önemli nedenlerle olağanüstü feshe ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilmesinin önüne geçmek amacıyla İİK m. 296/1-c.3'deki düzenlemeyi getirmiştir^[26].

B) KONUNUN TBK M. 98 İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK'nın 98. maddesi "İfa Güçsüzlüğü" başlığı altında; "(1) Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. (2) Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir." hükmünü düzenlemektedir.

Kira sözleşmeleri de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Dolayısıyla bu kapsamda akla gelen soru; acaba kira sözleşmesinin taraflarından birisinin özellikle de kiracının konkordato mühleti talep etmesi halinde TBK m. 98 hükmünün İİK m. 296/1-c.1,2 hükümlerine rağmen uygulama alanı bulup bulmayacağıdır.

Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır^[27]. Altay/Eskiocak ayrıntılı bir gerekçe sunmamakla birlikte İİK m. 296/1 hükmünün TBK m. 98'de öngörülen teminat yükümlülüğünü ortadan kaldıracağını savunmaktadır^[28]. Kale'ye göre ise; eğer alacaklı edimini konkordato mühleti verilmeden önce ifa etmemişse borçlu, edimi karşılığında TBK m. 98 kapsamında teminat göstermediği sürece kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir^[29]. Sarıhan da, kiracının konkordato talep etmesinin TBK m. 98 kapsamına dâhil edilmesine bir engel olmadığını ve konkordato sebebiyle ödenemeyecek olan işleyecek kira bedelleri bakımından güvence istenebileceğini kabul

[26] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 407.

[27] Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 226.; Serhat M. Sarısözen, İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2019, s. 179.

[28] Sümer Altay ve Ali Eskiocak, 7101 Sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul, Vedat, 5. Baskı, 2018, s. 315.

[29] Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 226.

etmektedir.^[30] Benzer şekilde Postacıoğlu da konkordatonun söz konusu olması halinde ifa yükümlülüğü önce olan tarafın, konkordato talep eden karşı tarafın ediminin ifasını TBK m. 98'deki (mülga BK m. 82) gibi güvence altına alınıncaya kadar kendi edimini ifadan kaçınabileceğini savunmaktadır^[31]. Son olarak Albayrak'a göre ise; TBK m. 98/2'de yer alan sözleşmeden dönme halinin asıl nedeni, sözleşmenin karşı tarafının konkordato mühleti talep etmesi değil, TBK m. 98/1 hükmü gereğince talep edilen güvencenin verilmemesidir. Oysa İİK m. 296/1 hükmü, sırf konkordato talep edilmesi nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla TBK m. 98/2'de kaynaklanan dönme hakkının temelinde konkordato talep eden tarafın, karşı tarafa yeterli güvence vermemesi yer almaktadır. Eğer yeterli güvence verilmesine rağmen karşı taraf yine de "sırf konkordato nedeniyle" sözleşmeden dönmek isterse bu durumda İİK m. 296/1 hükmü devreye girecek ve buna engel olacaktır^[32].

Bütün bu görüşlerden sonra bizce; her karşılıklı borç yükleyen sözleşmede karşı tarafın, konkordato mühleti talep eden taraftan güvence istenmesi İİK m. 296/1 hükmünü ve dahi konkordato mühleti talebini anlamsız hale getirecektir. Ancak bir an için TBK m. 98'in uygulanabileceğinin varsayılması halinde, teminat gösterilmediği takdirde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda ise konkordato talep eden taraf için işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden, özellikle de temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin ayakta tutulması mümkün olmayacaktır. Zaten İİK m. 296/1 hükmü sonraki tarihli ve emredici bir hükümdür. Kanun koyucu TBK m. 98 hükmüne rağmen İİK m. 296 hükmünü düzenlemiştir. Dolayısıyla bizce bu durumda İİK m. 296/1 hükmü TBK m. 98 hükmünün uygulamasını engelleyecektir.

Ayrıca konkordato borçlusunun güvence vermesi de önemli bir sorundur. Zira konkordato borçlusu rehne ilişkin bir güvence vermek isterse İİK m.

[30] Sarıhan, *op. cit.*, s. 91.

[31] İlhan Postacıoğlu, *Konkordato*, İstanbul, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s. 112.

[32] Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato*, *op. cit.*, s. 319-341.; Hakan Albayrak, "7327 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi", in Cevdet Yavuz et al. (Ed.), *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul, Legal, 2023, s. 194.

297/2^[33] şartlarına uygun bir şekilde mahkemeden izin alması gerekecektir. Mahkemenin ise bu izni vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü alması gerekecektir. Ya da konkordato borçlusunun bir teminat mektubunu güvence göstermesi de muhtemeldir ki bu da İİK m. 297 hükmü kapsamında komiserin iznine tabi olacaktır^[34]. Dolayısıyla konkordato borçlusunun güvence göstermesi normalden daha zor ve uzun bir süreç ile mümkün olabilecektir. Ancak sadece üçüncü kişilerin kendi malvarlıklarından borçlu lehine rehin vermesi veya bunların kefil olması halinde bu süreç işlemecektir. Elbette ki bu durum da konkordato borçlusunun güvence vermesini zorlaştırmaktadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda; kira sözleşmesinde de kiracının konkordato mühleti talep etmesi halinde İİK m. 291/1 hükmü TBK m. 98'in uygulanmasını engelleyecektir. Ancak buna rağmen aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi kira sözleşmesinde de İİK m. 296/2 hükmü kapsamında kira sözleşmesinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyeceği gerekçesi ile sözleşmenin feshedilmesi mümkündür. Yine genel hükümler kapsamında kira sözleşmesinin feshi hususu aşağıda ayrıca incelenecektir.

C) KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelere “kira sözleşmesi” denilmektedir^[35]. Kira sözleşmeleri de sözleşme serbestisinin mevcut olduğu sözleşmelerdendir. Kira sözleşmelerinin hangi hallerde sona ereceği TBK m. 327 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunlar; belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin geçmesi (TBK m. 327), belirsiz

[33] İİK m. 297/2; “Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır.”

[34] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 325-326.

[35] Eren, *op. cit.*, s. 309.; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan, 15. Baskı, 2015, s. 193.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt-1, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2013, s. 232.

sürelî kira sözleşmelerinde fesih bildirimî (TBK m. 328), olağanüstü fesih kapsamında; önemli sebeplerin varlığı halinde fesih (TBK m. 331), kiracının iflası halinde fesih (TBK m. 332), kiracının ölümü halinde fesih ve son olarak kiracının temerrüdü halinde fesih (TBK m. 315) halidir. Bu kapsamda konkordato mühleti talep edilmesi halinde konumuz açısından özellik arz eden sona erme sebeplerinin İİK m. 296/1-c.3 hükmü ile birlikte değerlendirmesi gerekecektir.

1- Belirli Sürelî Kira Sözleşmelerinde Sürenin Geçmesi Halinin İİK m. 296/1-c.3 Hükmü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Tarafların kira sözleşmesi için açık veya örtülü belirli bir süre öngördükleri durumlarda, kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile birlikte kira sözleşmesi de sona erecektir (TBK m. 327). Dolayısıyla belirli süreli kiralarda sözleşmelerin ayrıca feshine gerek yoktur^[36].

Bu kapsamda; belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sona ermesi durumu açıkça İİK m. 296/1'de belirtilen borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesi ile sözleşmenin sona erdirilmesi kapsamında değerlendirilemez. Zira belirli süreli kira sözleşmelerinde tarafların sözleşmeyi sona erdirecekleri süreye ilişkin iradeleri konkordato talebinden bağımsız olarak sözleşme kurulduğunda oluşmuştur. Bu nedenle sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi ile birlikte ayrıca bir fesih bildirimine gerek kalmaksızın kira sözleşmesi sona erecektir. Öyleyse, belirli süreli kira sözleşmelerinde tarafların konkordato talebinde bulunması durumunda dahi TBK m. 327 hükmünün uygulamasına İİK m. 296/1-c.3 hükmü engel olamayacaktır.

2- Belirsiz Sürelî Kira Sözleşmelerinde Fesih Hakkının İİK m. 296/1-c.3 Hükmü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflar sözleşmenin süresini (açık veya örtülü) herhangi bir şekilde belirlememişlerdir. Taraflar yalnızca bir malın kiraya verileceği hususunda anlaşmışlar ve mal kiracıya teslim edilmiştir. Bunun dışında sözleşmenin ne zaman sona ereceği belirlenmemiştir. TBK m. 328 hükmünde; “Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri,

[36] Eren, *op. cit.*, s. 378.; Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 334; Gümüş, *op. cit.*, s. 314.; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2014, s. 576.

daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır. Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu kapsamda; fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktır. TBK m. 328 hükmünde düzenlenen sözleşmeyi fesih hakkı hem kiralayana hem de kiracıya eşit surette tanınmıştır. Bu nedenle taraflardan her biri kira sözleşmesini, hükümde öngörülen sürelele uygun olarak feshedebilir. Feshin haklı bir sebebe dayanması şart olmadığı gibi, fesih bildiriminde karşı tarafa herhangi bir sebebin gösterilmesi de zorunlu değildir.

İİK m. 296/1-c.3’de ise; sözleşmelerin, karşı tarafın konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna karşın kira sözleşmesinin tarafları TBK m. 328’deki fesih dönemi ve fesih bildirim sürelerine uyarak karşı tarafa haklı bir neden göstermeksizin ve dahi herhangi bir neden göstermeksizin fesih bildiriminde bulunabilmektedir. Dolayısıyla konkordato talebinde bulunan taraf gerek kiraya veren gerekse de kiracı olsun karşı tarafın kira sözleşmesini sona erdirmek istemesi halinde açıkça konkordato talebi gerekçe gösterilmiyorsa veya halin icabından bu durum açıkça anlaşılmıyorsa İİK m. 296/1-c.3 hükmünün uygulama alanı bulması zorlaşacaktır. Zira konkordato talebinde bulunan tarafın, karşı tarafın fesih talebinin asıl sebebinin konkordato başvurusu olduğunu ispat edebilmesi neredeyse imkansızdır. Öyleyse açıkça konkordato talebi gerekçe gösterilmiyorsa veya halin icabından bu durum açıkça anlaşılmıyorsa İİK m. 296/1-c.3 hükmü belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih dönemi ve fesih bildirim sürelerine uyulduğu sürece uygulama alanı bulamayacaktır^[37].

3- Olağanüstü Fesih Nedenlerinin İİK m. 296/1-c.3 Hükmü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Olağanüstü fesih, taraflardan birinin belirli ya da belirsiz süreli borç ilişkisini vaktinden önce tek taraflı olarak sona erdirebilmesine olanak

[37] Aynı yönde bkz. Bünyamin Kartal, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi*, Ankara, Adalet, 2022, s. 241.

sağlamaktadır.^[38] Bu doğrultuda kira sözleşmelerinin sona erme halleri arasında olağanüstü fesih nedenleri (TBK m. 331-333) de yer almaktadır.

TBK’da olağanüstü fesih nedenleri; önemli sebepler fesih (TBK m. 331), kiracının iflası halinde (TBK m. 332) ve kiracının ölümü halinde fesih (TBK m. 333) olmak üzere üç ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Aşağıda bu başlıklar İİK m. 296/1-c.3 hükmü ile birlikte ayrı ayrı değerlendirilecektir.

a) Önemli Sebeplerle Fesih

TBK’nın 331. maddesinde; “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Hüküm, hem kiracıya hem de kiraya verene önemli sebeplerden dolayı fesih bildiriminde bulunarak kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı vermektedir.^[39] Böylece, sürekli borç ilişkisi olan kira sözleşmesini etkileyecek önemli bir nedenin ortaya çıkması halinde hem kiraya veren hem de kiracı, yasal sürelerle (TBK 328 vd.) uyarak sözleşmeyi her zaman feshedebilecektir^[40].

Önemli nedenle sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna hem belirli hem de belirsiz süreli kira sözleşmelerinde başvurulabileceği gibi ürün kirasında (TBK m. 369) ve dahi konut ve çatılı işyeri kiralalarında (TBK m. 339 vd.) da gidilebilmektedir^[41].

TBK m. 331 hükmünde önemli sebeplerin neler olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ancak tarafların kira sözleşmesini bu kapsamda feshedebilmesi için kira ilişkisinin devamının fesih talebinde bulunacak taraf için çekilmez hale gelmesi aranmaktadır^[42]. Bu durum taraflara geniş

[38] Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*, İstanbul, Vedat, 10. Baskı, 2011, s. 93. Kartal, *op. cit.*, s. 107.

[39] Yavuz, *op. cit.*, s. 581.

[40] Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 347.; Yavuz, *op. cit.*, s. 581.

[41] Eren, *op. cit.*, s. 384.; Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 347.

[42] Eren, *op. cit.*, s. 384.; Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 347.

bir fesih imkânı tanımıştır^[43]. Önemli sebep her somut olay için ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereken değişken bir kavramdır^[44]. Önemli sebebin temel unsuru ise; “borç ilişkisinin çekilmez hale gelmesi” olup; genellikle sözleşmedeki ağır ihlallere dayanmaktadır. Daha hafif ihlaller ise karşı tarafın uyarılarına rağmen devam etmesi halinde borç ilişkisini çekilmez hale getirebilecektir^[45].

Tüm sözleşmeler bakımından kural olarak olağanüstü fesih sebebinin, sözleşmenin kuruluş ânında bilinemez, öngörülmez nitelikte olması gerekmektedir.^[46] Aksi halde taraflar sözleşmenin kuruluşu sırasında objektif bir değerlendirme ile bu durumu önceden öngörülebiliyorsa yapılan fesih işlemi TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir^[47]. Bütün bunların yanında sözleşmenin kuruluş safhasında öngörülen sebebin ortaya çıkmasında da fesih talebinde bulunanın kusuru varsa TBK m. 331 hükmünden yararlanamayacaktır^[48].

Fesih için ileri sürülen önemli sebep ekonomik olabileceği gibi kişisel nedenler de olabilir. Örneğin; kiracının tayini, savaş hali, asansörü olmayan üst katta oturan kiracının sağlık problemleri gibi^[49]. Bütün bunların yanında taraflardan birisinin ekonomik durumundaki kötüleşmenin önemli sebep oluşturup oluşturmayacağı hususu ise doktrinde tartışmalı hususlardandır. Taraflardan birinin ekonomik durumundaki kötüleşmenin, önemli bir sebep teşkil etmeyeceği, dolayısı ile borçlunun konkordato başvurusunda

[43] Sarıhan, *op. cit.*, s. 88.

[44] Özer Seliçi, *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 188.

[45] Kartal, *op. cit.*, s. 109.

[46] Eren, *op. cit.*, s. 389.

[47] Seliçi, *op. cit.*, s. 192.

[48] Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul, Beta, 10. Basım, 2014, s. 258.

[49] Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 350.; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *op. cit.*, s. 258.

bulunmasının da bir kusur olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşler^[50] bulunduğu gibi ekonomik durumunun kötüleşmesinin borç ilişkisini çekilmez kılan nedenler arasında olabileceğini kabul eden görüşlerde bulunmaktadır^[51]. Öyleyse konumuz bakımından kira sözleşmesi özelinde taraflardan birinin konkordato başvurusunda bulunması durumunun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin incelenmesi gerekecektir.

Öncelikle kira sözleşmesinin önemli sebeple feshinde; taraflarının, önemli sebep olarak ileri sürdüğü hususların her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi ve sebeplerin TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına göre kabul edilebilir nitelikte olması gerekmektedir^[52].

Taraflardan birinin ekonomik durumundaki kötüleşmenin, önemli bir sebep teşkil etmeyeceğini kabul eden görüşe göre; ekonomik durumun kötüleşmesi kural olarak kişinin kendi rizikosunu ilgilendiren bir durumdur ve bunun karşı tarafa yüklenmesi adil değildir^[53]. Bu kapsamda kiraya veren veya kiracının konkordato başvurusu nedeniyle sürekli borç ilişkisinin TBK 331'e göre sona erdirilebilmesi mümkün değildir. Çünkü, TBK 331'e göre fesihte önemli sebebin borç ilişkisini çekilmez hale getirmesi gerekmekte olup, çekilmezlik sürekliliği olan bir süreci ifade etmektedir. Çekilmezlik; sonuçları geçici veya belli bir süreye bağlı ise o zaman önemli sebep olarak kabul edilemeyecektir^[54]. Nitekim konkordatonun amacı; borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini koruyarak işletmenin devamlılığının sağlanmasıdır ve süreli borç ilişkilerinin feshedilebilmesi imkânı ancak İİK m.296/2

[50] Kartal, *op. cit.*, s. 111.

[51] Gülşah Sinem Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2013, s. 202.; Seliçi, *op. cit.*, s. 40; Elbette tarafların ekonomik durumundaki kötüleşmenin kendi kusurlarından kaynaklandığı durumların sözleşmenin feshi için TBK m. 331 kapsamında önemli sebep sayılmaması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz: Turan Şahin, "Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, Nisan 2019, s. 345.

[52] Yavuz, *op. cit.*, s. 582.

[53] Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, İstanbul, Oniki Levha, 1. Baskı, 2014, s. 240-241.

[54] Şahin, *op. cit.*, s. 347.

kapsamında sadece konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyecek mahiyette ise mümkündür. O halde; kiraya veren veya kiracının, sırf konkordato başvurusu nedeniyle kira sözleşmesini TBK 331'e göre feshetmesine, İİK m. 296/1-c.3 hükmü engel olacaktır^[55].

Ekonomik durumun kötüleşmesinin, borç ilişkisini çekilmez kılan nedenler arasında olabileceğini kabul eden görüşe göre ise; kiraya veren ve kiracının ekonomik durumunun kötüleşmesi ve konkordato ilanının kira ilişkisini çekilmez kılan neden olduğu belirtilmiştir. Yalnız başına konkordato talebi fesih için yeterli olmasa da konkordato sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da konkordato borçlusunun temerrüde düşmesi durumunda İİK m. 296/1 hükmünün koruma alanından söz edilemeyeceği ancak elbette böyle bir durumda dahi İİK m. 296/1 hükmünü dolanmak için fesih nedeninin başka ad ve gerekçe olarak bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir^[56].

Ancak belirtmek isteriz ki; kiraya veren ve kiracının konkordato ilanının kira ilişkisini çekilmez kılan neden olduğu değerlendirilmesi halinde dahi İİK m. 296/1-c.3 hükmünün TBK m. 331'in uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düşünülemez. Aksi halde İİK m. 296/1 "Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlusunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır." hükmü göz ardı edilmiş olacaktır. Zira kanun koyucu, projenin amacına ulaşmasını sağlamak için borçlusunun zaruri olarak ihtiyaç duyacağı sözleşmelerin tam bir şekilde korunmasını hedeflemiştir^[57]. O halde; İİK m. 296/1-c.3 hükmü TBK m. 331'in uygulanmasına engel teşkil edecektir. Ancak elbette konkordato ile birlikte sözleşmenin taraflarını ilgilendiren başkaca önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde (sağlık sorunları, doğal afet vs.)^[58] İİK m. 296/1-c.3 hükmü sözleşmenin feshedilmesine engel olamayacaktır^[59]. Bütün bunlarla birlikte; kira ilişkisinin konkordato talebi dışında bir haklı sebeple feshedilmesi halinde ödenmesi

[55] Kartal, *op. cit.*, s. 241.

[56] Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato*, *op. cit.*, s. 273-274.

[57] Sarıhan, *op. cit.*, s. 89.

[58] Bu nedenler hakkında ayrıntılı örnekler için bknz. Yavuz, *op. cit.*, s. 582-583.

[59] Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato*, *op. cit.*, s. 415.

gereken tazminatın konkordatoya tâbi olup olmadığı bağlamında da bir ayırım yapılması gerekmekte olup; konkordato komiserinin dahlinin bulunduğu sözleşmelerde fesih durumunda tazminat konkordatoya tabi olmamalı, ancak konkordato komiserinin dahlinin bulunmadığı sözleşmelerin feshinde ödenmesi gereken tazminat konkordatoya tabi olmalıdır^[60].

Bu açıklamalar kapsamında; kira sözleşmesinin taraflarından birisinin ekonomik durumunun kötüleşmesi halinin olağanüstü fesih nedeni olarak gösterilmesi mümkün olsa da bizce İİK m. 296/1-c.3 hükmü ilgili tarafı koruma altına alacaktır.

b) Kiracının İflası Nedeniyle Fesih

TBK'nın 332. maddesinde; “Kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir.” düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu durumda iflas eden kiracı, ödenmemiş ve işleyecek kiralardan ödenmesi için kiraya verene bir güvence vermezse, kiraya veren taraf kira sözleşmesini feshedebilecektir^[61]. Hükme göre kiraya veren, güvence verilmesi için kiracıya ve iflas masasına uygun bir süre verir. Bu süre içerisinde kendisine güvence verilmez ise kiraya veren, sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 332/2).

Doktrinde bu hükmün kıyasen konkordato başvurusu halinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Birinci görüş; kanun koyucunun TBK m. 332'de güttüğü amacın, kiraya verenin kira bedellerini tahsil edemeyeceğini bile bile sözleşmeye devam etmek durumunda kalmasını engellemek olduğunu, dolayısıyla konkordato sebebiyle ödenemeyecek olan işleyecek kira bedelleri açısından da güvence istenebileceğini kıyasen kabul etmek gerektiğini^[62], konkordato hükümleri kapsamında da kiraya verenin işleyecek kira bedelleri için güvence istemesine herhangi bir engel

[60] Kartal, *op. cit.*, s. 245.; Cüneyt Pekmez, *Borcun İfa Edilmediği Defi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2019, s. 67.

[61] Zevkililer ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 344; Yavuz, *op. cit.*, s. 519.

[62] Sarıhan, *op. cit.*, s. 91.

bulunmadığını nitekim TBK m. 332’de kanunkoyucunun amacının, kira bedellerinin tahsil edilemeyeceğinin bile bile sözleşmeye devam edilmesinin engellenmesi olduğunu ileri sürmektedir^[63].

Buna karşın diğer görüş ise; iflasın sözleşmeleri sona erdirici hükümlerinin konkordato başvurularında kıyasen uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır^[64]. Zira bizim de katıldığımız bu görüşe göre; konkordatoda, borçlunun faaliyetleri iflastaki gibi son bulmayıp halen devam etmektedir. Yani konkordatonun amacı, tasfiye değil borçların belirli bir plan kapsamında ödenmesidir. Nitekim Kanunkoyucu İİK m. 296/1’de geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla bizce, konkordato borçlusundan böyle bir güvencenin istenmesi konkordatonun amacının gerçekleştirilmesini zorlaştıracaktır. Kaldı ki; İİK m. 297 kapsamında; borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilecektir, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz; taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devredemez ve takyit edemez. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüz olacaktır.

c) Kiracının Ölümü Nedeniyle Fesih

TBK’nın 333. maddesinde; “Kiracının ölmesi durumunda mirasçıları, yasal fesih bildirim süresine uyararak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler.” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısı ile hükmün yorumundan kiracının ölmesi durumunda kira sözleşmesi hemen feshedilmiş olmayacak kiracının mirasçıları sözleşmede kiracı sıfatına haiz olacaklar, kira sözleşmesini devam ettirmek istemedikleri takdirde ihbar süresine uyararak feshi gerçekleştireceklerdir. Kanun koyucu kiracının ölmesi durumunda sözleşmeyi sona erdirme hakkını sadece kiracının mirasçılarına tanımıştır. Bu durumda konkordatoya başvurmuş kiracının ölmüş olması halinde yine de TBK m. 333 uygulama alanı bulacaktır. Zira İİK m. 296/1 hükmünün uygulanmasında kiracının ölümüne yönelik ayrıcalıklı bir durum bulunmamaktadır.

[63] Eren, *op. cit.*, s. 387.

[64] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 415; Albayrak, Kira Sözleşmelerine Etkisi, *op. cit.*, s. 177.

4- Kiracının Temerrüde Düşmesi Halinde Fesih Hakkının İİK m. 296/1-c.3 Hükümü ile Birlikte Değerlendirilmesi

TBK'nın 315. maddesinde; "(1) Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. (2) Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar." düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre; kiracı, vadesinde ödemediği kira bedelini kiralayanın verdiği sürede de ödemezse temerrüde düşecek ve kiralayanın sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır^[65].

Yargı kararlarında beraber ifası gereken edimlerin fazlalığı ve borçlunun ifa hareketlerinin zamana yayılmış olması hukuki ilişkinin sürekli borç ilişkisi olarak kabulüne gerekçe sayılmıştır^[66]. Kira sözleşmeleri de kiraya verenin, sözleşme süresince, kiralananı, kiracının kullanıma elverişli bir biçimde bulundurma yükümlülüğü, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi kabulü ile kurulmasından ötürü sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir^[67]. Kira sözleşmeleri, borcun zaman aralıkları ile doğması nedeniyle dönem edimli sözleşmeler kapsamına girmekte olup dönem edimli sözleşmelerde edimler arasında tekrarlı ancak birbirinden bağımsız bir ilişkisi söz konusudur. Dolayısı ile kural olarak; edimlerden birine ilişkin temerrüt yalnızca temerrüde düşülen edim bakımından uygulama alanı bulacaktır^[68]. Ancak temerrüt hali, henüz muaccel olmamış borçların ifasını da temerrüde düşürüyorsa müeccel edimleri de kapsayacak şekilde sözleşmeden dönülebilecektir^[69].

[65] Zevkililer ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 350; Yavuz, *op. cit.*, s. 505.

[66] Kartal, *op. cit.*, s. 20.

[67] Alparslan Akartepe, "Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 85.

[68] Kartal, *op. cit.*, s. 11.

[69] Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2007, s. 172.

Kanun koyucu da TBK m. 315'e göre; temerrüt dolayısı ile sözleşmenin feshedilmesinde; kiralananın kiracıya teslim edilmiş olması, kiracının muaccel kira borcunu ifa etmemiş olması ve kiraya verenin kiracıya bildirimde bulunması hallerini şart koşmuştur. Yine fesih bildiriminin yazılı olacağını ve kanunda belirtilen süreleri içermesi gerektiğini de hükme bağlamıştır. Bu kapsamda ancak bildirimde açıkça belirtilmiş olan kanuni süre sonunda muaccel borç ödenmezse karşı tarafın TBK m. 315 kapsamında fesih hakkı doğacaktır^[70].

İİK m. 296/I'de bulunan "Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez" hükmü, konkordato projesinin amacına ulaşmasını sağlamak için borçlunun kati şekilde ihtiyaç duyacağı sözleşmelerin korunmasını hedeflemiştir^[71]. Bu kapsamda; bizce TBK'nın 315. Maddesi gereğince fesih hakkının, konkordatoya başvurulduğu gerekçesiyle uygulanıp uygulanmayacağı hususu da vadesi gelip ödenmeyen kira borçlarının, konkordato başvurusunun yapılmasından önce mi yoksa sonra mı doğduğu ile alakalı olacaktır.

Konkordato başvurusundan önce vadesi gelen ancak ödenmeyen kira borçları kural olarak konkordato projesi kapsamında kalacaktır. Dolayısıyla kiraya verenin kira bedellerinin ödenmemesi sebebiyle sözleşmeyi TBK 315 hükümlerine dayanarak feshetmesi ancak fesih prosedürünün konkordato mühleti alınmadan önce tamamlanması ile mümkün olacaktır. Yani TBK m. 315'deki ihtarın ve sürenin konkordato başvurusundan önce dolmuş olması gerekmektedir. Aksi halde konkordato borçlusu kiracı, bu kira alacaklarının konkordato projesi kapsamına alınmasını talep edebilecektir^[72].

[70] Akartepe, *op. cit.*, s. 99-100.; Eren, *op. cit.*, s. 377.

[71] Sarıhan, *op. cit.*, s. 89-90.

[72] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 418.

Konkordato başvurusundan sonra doğan kira alacaklarının konkordato projesine dahil olup olmayacağını belirleyecek olan ise İİK m. 296/2 “Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödemesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur” hükmü gereğince komiserin uygun görüşü ve mahkemenin iznidir. Komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izin vermesi halinde, kira alacakları konkordato şartlarına tabi olmadan ödenebilecektir^[73]. Bizce de; kira borçları da özellikli bir durum yoksa tıpkı diğer olağan işler gibi (elektrik, su abonelikler vs.) konkordato projesi kapsamına dahil edilmemelidir. Yani İİK m. 308/c/2 hükmü^[74] gereğince komiser yeni doğan kira alacaklarının ödenmesine izin vermelidir. Bu durumda kira alacaklarının ödenmesinde temerrüt halinde TBK m. 315 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak komiser kira alacaklarının ödenmesine izin vermemişse artık bu alacaklar da konkordato projesi kapsamında kalacaktır^[75].

D) KONKORDATONUN AMACINA ULAŞMASINI ENGELLEYEN KİRA SÖZLEŞMELERİNİN FESHEDİLMESİ İMKÂNININ DEĞERLENDİRİLMESİ (İİK M. 296/2)

1- Genel Olarak

Sürekli borç ilişkileri içeren sözleşmelerde tarafların edimleri, sözleşme sona erinceye kadar zamana yayılarak devamlı bir şekilde ifa edilir.^[76] Sürekli borç ilişkisinin tipik özelliği edimlerin bir defa ifa edilmesiyle tamamlanmaması sözleşme devam ettiği sürece tekrarlanması ve uzun sürmesidir.^[77]

[73] Simil, *op. cit.*, s. 181.; Kartal, *op. cit.*, s. 119-120.

[74] İİK m. 308/c/2; “Bağlayıcı hâle gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburidir.”

[75] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 189-200.

[76] Sürekli borç ilişkisi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK Mad. 126)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2018, s. 23-77.

[77] Cenk Akil, “Konkordato Prosedürü Çerçevesinde Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi (İİK M. 296, II)” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 143, Temmuz 2019: s. 223.; Seliçi, *op. cit.*, s. 3 vd.; Altınok Ormancı, *op. cit.*, s. 7 vd.; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku*

Konkordato başvurusundan önce kurulan bir sürekli borç ilişkisinin, uzun zamana yayılması ve piyasa şartlarının değişmesi nedeniyle daha sonradan konkordato mühleti alan borçlu bakımından konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyebilme ihtimali söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucu İİK m. 296/2 hükmünde konkordato mühleti almış borçluya bazı şartlar altında tarafı olduğu sürekli borç ilişkisini feshetme yetkisi tanımıştır. Hükümde; “Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır.”^[78] ifadelerine yer verilmiştir.

Hükme göre; borçlunun tarafı olduğu sürekli borç ilişkileri, konkordato mühleti içinde borçlunun durumunun iyileşmesini engellemesi halinde, karşı tarafın zararının karşılanması şartıyla her zaman feshedilebilecektir. Bu fesih, madde gerekçesinde olağanüstü bir fesih olarak nitelendirilmiştir. Sürekli borç ilişkilerinde olağanüstü fesih; taraflardan birinin, ortaya çıkan bazı haklı sebeplere istinaden sözleşmeyi vaktinden önce sona erdirmesidir.^[79] Olağanüstü bir yol olması nedeniyle borçlunun fesih hakkını kullanırken sözleşme ile kararlaştırılmış yahut kanunen belirlenmiş feshi ihbar sürelerine uyması zorunlu değildir.^[80]

Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2015, s. 53.; Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul, Vedat, 14. Baskı, 2015, s. 12.

[78] Altı çizili kısımlar, 09/06/2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanununun 4’üncü maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesine “engelleyen” ibaresinden sonra gelmek üzere “aşırı külfetli” ibaresi eklenmiş ve cümlede yer alan “onayıyla” ibaresi “izniyle” şeklinde değiştirilmiştir.

[79] Seliçi, *op. cit.*, s. 156; Altınok Ormancı, *op. cit.*, s. 93; İsviçre Borçlar Kanunu genel hükümlere ilişkin yeni bir öngörülen reform kapsamındaki tasarının “Olağanüstü fesih” başlıklı 144. maddesine göre; bir sürekli sözleşme haklı sebeple derhal feshedilebilir; fesheden tarafından sözleşme ilişkisine devam etmeyi beklenemez hale getiren her durum haklı sebep olarak kabul edilir. Eğer haklı sebep bulunmuyorsa, feshin olağan fesih olduğu kabul edilir. Bknz. Tümerdem, *op. cit.*, s. 82.

[80] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 224.

Sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle, akdin karşı tarafına tazminat ödenecektir. Bu tazminat, konkordato tasdik edildiği takdirde konkordatoya tabi bir alacak olarak kabul edilecektir^[81].

Kanunun borçluya tanıdığı bu hak aslında ahde vefa ilkesine “pacta sunt servanda” bir istisna teşkil etmektedir^[82]. Dolayısıyla kanun koyucu borçlunun bu hakkı kullanabilmesini hem konkordato komiserinin rızasına hem de mahkemenin iznine tâbi tutmuştur. Böylece fesih hakkının kötüye kullanımı önlenmeye çalışılmıştır^[83].

Bu hüküm; konkordatonun başarıya ulaşmasını sağlamak için borçlunun konkordato mühletinden önce yükümlülük altına girdiği ve borçlu için artık külfetli hale gelen sürekli borç ilişkilerinden kurtulması amacıyla getirilmiştir. Aksi halde borçlunun tarafı olduğu bir takım sürekli borç ilişkileri yeniden yapılandırmayı zorlaştırmakta ve hatta imkânsız hale getirebilmektedir.

2- Şartları

Kanun koyucu İİK m. 296/2 kapsamındaki fesih imkânını maddi hukuk hükümlerinden bağımsız olarak düzenlemiştir. Yani TBK'daki haklı nedenle olağanüstü feshe imkân tanıyan düzenlemelerdeki şartların mevcudiyeti aranmamaktadır. Dolayısıyla bu fesih hakkının kullanılabilmesi için İİK m. 296/2'de öngörülen şartların mevcudiyeti yeterli olacaktır^[84].

Elbette ki; İİK m. 296/2 hükmünde konkordato mühleti almış borçluya bazı şartlar altında tarafı olduğu sürekli borç ilişkisini feshetme yetkisi tanımıştır. Bunlar sırasıyla; sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olması, borçluya (geçici veya kesin) mühlet verilmiş olması, aşırı külfetli sürekli borç ilişkisinin devam etmesinin konkordatonun amacına ulaşmasını

[81] İİK m. 296 hükmünün 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Yer Alan Gereğesi.

[82] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 223-224; Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 344.

[83] İİK m. 296 hükmünün 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Yer Alan Gereğesi.

[84] Altınok Ormancı, *op. cit.*, s. 131; Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 224.

engellemesi, konkordato komiserinin uygun görüşü ve mahkemenin feshe izin vermesidir^[85].

Konumuz açısından kira sözleşmeleri de bir sürekli borç ilişkisi olduğundan, İİK m. 296/2 kapsamında değerlendirilebilmektedir^[86]. Ayrıca gerek kiracı gerekse de kiralayan taraf bu şartların varlığı halinde konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen kira sözleşmesini TBK’da öngörülen kanuni bildirim sürelerine uymaksızın her zaman feshedebilir^[87]. Öyleyse kira sözleşmeleri kapsamında bu şartları tek tek değerlendirmemiz gerekecektir.

a) Borçluya (Geçici veya Kesin) Mühlet Verilmiş Olması

Kira sözleşmesinin taraflarından birisinin İİK m. 296/2 kapsamında sözleşmeyi feshedilebilmesi için öncelikle borçluya konkordato mühleti verilmiş olması gerekmektedir^[88]. Her ne kadar hükümde “herhangi bir zaman” ifadesine yer verilmiş olsa da aslında anlaşılması gereken feshin konkordato mühleti verildikten sonra herhangi bir zamanda ileri sürülebilmesidir.

İİK madde 296’nın kenar başlığı “Kesin mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları” olduğu için olağanüstü fesih hakkının geçici mühlet içinde kullanılıp kullanılamayacağı sorunu söz konusu olabilmektedir. Ancak doktrindeki genel görüşe göre^[89]; İİK m. 296/2’deki fesih hakkı geçici mühlet içinde de kullanılabilir. Bu kapsamda fesih hakkının ileri sürülebilmesi için kesin mühletin beklenmesine gerek yoktur. Zira İİK m. 288/1’e göre; geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur.

[85] Öztek *et al.*, *op. cit.*, s. 398 vd.; İbrahim Kaplan, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2019, s. 84 vd.

[86] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 105.

[87] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 357.

[88] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 224.

[89] Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Ankara, Bilge, 2019, s. 97.; Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 359.; Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 225.; Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 105.; Sarıhan, *op. cit.*, s. 88.

b) Aşırı Külfetli Kira Sözleşmesinin Devam Etmesinin Konkordatonun Amacına Ulaşmasını Engellemesi

Bir kira sözleşmesinin İİK m. 296/2 kapsamında feshinin istenebilmesi için kira sözleşmesinin “aşırı külfetli olması” ve “konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi” gerekmektedir. Böylece yeniden yapılandırmanın sağlanabilmesi için ihtiyaç duyulan likiditeyi kullanabilme imkânı doğacaktır^[90].

Doktrinde, kanundaki “engelleyen” ifadesi katı bulunmakta olup bunun yerine “güçleştiren” ifadesinin fesih açısından yeterli olacağı düşünülmektedir^[91]. Ancak genel görüş; bu şartın aranmasının nedeninin borçlunun fesih hakkını dürüstlük kuralına (TMK m. 2) uygun bir şekilde kullanmasını sağlamak olduğu, aksi takdirde uygulamada hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacak sonuçların doğabileceği yönündedir^[92].

Kanun koyucu 9/6/2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanununun 4’üncü maddesiyle, İİK md 296/2 hükmünde yer alan “engelleyen” ibaresinden sonra gelmek üzere “aşırı külfetli” ibaresini eklemiştir. Türk Dil Kurumu külfet kelimesini; “sıkıntı, zorluk ve büyük masraf”^[93] olarak tanımlamıştır. O halde sürekli borç ilişkisi ancak büyük masrafa yol açması, ifası halinde sıkıntı ve zorluk çıkarması ve böylece konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi şartıyla feshedilebilecektir^[94]. Böylece kanun koyucu iradesini açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla maddi hukuk ilişkisine böylesi bir müdahalenin haklı çıkarılabilmesi ve kötüye kullanımların önlenbilmesi adına hüküm ancak bu şekliyle amacına ulaşabilecektir.

Doktrinde, yapılan değişikliğin kötüye kullanımların önünü açacağına yönelik görüşler de mevcuttur. Kartal’a göre; söz konusu değişiklikte birlikte konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen ve feshi konkordatonun başarısına katkı sağlayacak olan bu sürekli borç ilişkileri artık sırf aşırı külfetli olmadıkları gerekçesiyle feshedilemeyecektir. Gerçekten de bir borç

[90] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 105.

[91] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 224.

[92] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 106.; Sarısözen, *op. cit.*, s. 184.

[93] <https://sozluk.gov.tr> (Erişim tarihi: 04.05.2024)

[94] Kartal, *op. cit.*, s. 126.

ilişkinin feshi -aşırı külfetli olmasa da- konkordatonun başarıya ulaşması için gerekli olabilir. Örnek olarak; aşırı külfetli olmayan bir kira sözleşmesinde kiralananın başka bir kimseye bedelin çok üzerinde yeniden kiralanması ya da kiralananın borçlu tarafından ağır şartlarda başka bir amaçla kullanılacak olması gösterilebilir^[95].

O halde Kanun hükmü son haliyle; sonlandırılmak istenen sözleşmenin, konkordatonun amacına ulaşmasını güçleştirmesini bilinçli olarak yeterli görmemekte, açıkça “aşırı külfetli sözleşme” sebebiyle konkordatonun başarıya ulaşmasının neredeyse imkânsız hâle gelmesini aramaktadır^[96].

Bu koşul için konumuz bakımından önemli olan bir diğer husus ise; kira sözleşmesinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğinin nasıl tespit edileceğidir. Bu tespiti yapmak her somut olay için kolay olmayacaktır. Zira genellikle konkordatonun başarı şansı sadece konkordato borçlusunun taraf olduğu kira sözleşmesinin feshine bağlı olmayabilir. Kira sözleşmesinin konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyip engellemediğinin değerlendirmesi başkaca birçok hususla birlikte yapılan “varsayımsal” bir değerlendirmedir. Varsayımsal bir değerlendirme olması dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasında çıkabilecek bir ihtilaf halinde bu durumun veya aksinin ispatı oldukça güçtür^[97]. Tespit yapılırken hataya düşülme ihtimali oldukça fazla olduğu için hukuk ve ekonomi bilimlerinin ortak bir değerlendirme yapması ve piyasa koşullarındaki değişimler, ekonomik hareketlilik, alacaklıların tutumu ve borçlunun diğer faaliyetleri dikkate alınmalıdır^[98]. Konkordatonun başarıya ulaşması olasılığı, öngörü, tahminden ibaret olduğu için tam olarak ispatı mümkün olmayacağından, sürekli borç ilişkisinin feshi ile konkordatonun başarıya ulaşma amacı arasındaki ilişkinin tespitinde yaklaşık ispat yeterli kabul edilmelidir^[99].

Doktrinde bunun için çözüm olarak; ihtilaf halinde, tarafların kira sözleşmesinin feshedilmesinin konkordatonun başarıya ulaşmasına yardımcı olacağı

[95] *Ibid.*

[96] Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 399.

[97] Kartal, *op. cit.*, s. 164-169.; Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 366.

[98] Kartal, *op. cit.*, s. 136- 167.

[99] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 368; Kartal, *op. cit.*, s. 125.

hususunun ispat edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir^[100]. Bizce de ispat kolaylığı bakımından bu çözüm uygulama için faydalı olacaktır. Ancak İİK m. 296/2 olağanüstü bir yol olduğu için sınırlı bir şekilde uygulanmalı ve şüpheye yer kalmayacak şekilde son çare olarak başvurulmalıdır.

Bunlarla birlikte eğer gerçekten konkordato şartları oluşmuş ise kira sözleşmesinin feshi çoğu zaman her iki tarafın da faydasına olacaktır. Bu fesih sayesinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi son bulacak, konkordato borçlusu kiracı genel hükümlerdeki koşullara ve sürelerle bağlı olmaksızın mevcut şartlarda devam edemeyeceği bir kira ilişkisinden kurtulacaktır. Öte yandan kiralayan taraf ise ödenmesi zorlaşan ve birikmesi muhtemel kira bedelleri ile karşılaşmadan kira konusu malına kavuşabilecektir. Ayrıca ileride de bahsedeceğimiz üzere bu fesih nedeniyle tazminat alacağının olması durumunda da bu alacağını konkordato projesi kapsamında alabilecektir^[101].

Konkordato borçlusunun kiraya veren olması durumunda da kira sözleşmesinin İİK m. 296/2 kapsamında feshedilebilmesi için yine sözleşmenin konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi şartı aranacaktır. Ancak kiraya verenin kiralananı duyduğu ihtiyacın konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyecek kadar önemli olması ve sözleşmenin “aşırı külfetli” olması uygulamada kolay rastlanabilecek bir durum değildir. Zira “konkordatonun amacına ulaşmasını engelleme” ifadesi, açıkça borçlunun malî yükümlülüklerini fazlasıyla artıran ve gereksiz yere borç altına sokan sözleşmeler için kabul edilmelidir^[102].

c) Konkordato Komiserinin Uygun Görüşü

İİK m. 296/2 hükmü ile borçluya tanınan fesih yetkisinin kullanılabilmesi için konkordato komiserinin uygun görüş bildirmesi şartı aranmıştır.

Burada konkordato komiserinden alınacak uygun görüşü herhangi bir şekilde tâbi değildir. Komiserin uygun görüşü yazılı ya da sözlü olarak alınabilecektir^[103]. Aslında fesih iradesinin muhatabı sözleşmenin karşı tarafı

[100] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 367.

[101] *Ibid.*, s. 369.

[102] Sarıhan, *op. cit.*, s. 94.

[103] Kaplan, *op. cit.* s. 38.

iken komiserin bu görüşünün muhatabı konkordato borçlusudur^[104]. Ancak komiser, kira sözleşmesinin devamının borçlunun iddiasının aksine konkordatonun başarıya ulaşmasını engellemeyeceği düşüncesinde ise fesih yetkisinin kullanılmasına rıza göstermemesi gerekir^[105]. Bununla birlikte gerekli koşullar mevcut olmasına rağmen konkordato komiseri fesih için rıza göstermezse ya da herhangi bir beyanda bulunmazsa şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvurulabilir^[106]. Zira kanun hükmü emredici olup komiserin görüş bildirme şartı kanun hükmü ile getirilmiştir.

Aslında kanun metninden anlaşıldığı üzere İİK m. 296/2 kapsamındaki fesih iradesini ileri sürecektir olan kişi borçludur^[107]. Ancak İİK m. 297/1 hükmü^[108] gereği borçlunun işletmenin faaliyetini devam ettirme yetkisi elinden alınarak konkordato komiserine tevdi edilmişse bu durumda zaten mahkemenin de izni arandığı için komiserin de kira sözleşmesinin feshini doğrudan isteyebilmesi mümkündür^[109].

d) Mahkemenin İzni

İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda İİK m. 296/2 kapsamında bir feshin yapılabilmesi için mahkemenin izni şartı da aranmıştır.

[104] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 227.

[105] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 108.; Sarisözen, *op. cit.*, s. 184.; Ancak şartlar mevcut olmasına rağmen, komiserin borçlunun fesih hakkını kullanmasına rıza göstermemesi halinde borçlu şikâyet yoluna başvurabilecektir. Bkz. Simil, *op. cit.*, s. 182.

[106] Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 108.; Başka bir görüşe göre, son söz mahkemeye ait olduğundan, komisere karşı şikâyet yoluna başvurulmasında hukukî yarar yoktur. Bknz. Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 399.

[107] Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2019, s. 671.

[108] İİK m. 297/1; “Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.”

[109] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 228; Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 357-359.

Oysa İsviçre hukukunda, süreci çok fazla bürokratikleştireceği ve uzatacağı gerekçesiyle mahkemenin izni şartı aranmamıştır.^[110] Ancak Türk hukukunda fesih hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmek için hem komiserin uygun görüşü hem de mahkemenin izni aranmıştır^[111].

Mahkemenin burada vereceği karar; kira sözleşmesi için feshin kanuni şartlarının yani sözleşmenin devamının konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyip engellemediğinin ve komiserin uygun görüşte bulunup bulunmadığının tespitinden ibaret olacaktır^[112]. Dolayısıyla mahkemenin izni verebilmesi için aşırı külfetli sürekli borç ilişkisinin, konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyeceğine ikna olması gerekmektedir.

Komiserin uygun görüşünün ve mahkemenin izninin ne zaman alınması gerektiği konusunda da akıllarda soru işareti oluşabilir. Ancak bizce İİK m. 296/2 kapsamında bir fesih için önemli olan, konkordato komiserinin uygun görüşünün ve mahkemenin izninin alınması gerekliliğidir. Kiracı, kanunda düzenlendiği hali ile önce komiserden uygun görüşü ve mahkemeden de izin aldıktan sonra kiraya verene fesih bildiriminde bulunabileceği gibi önce kiraya verene feshi bildirdikten sonra komiserden uygun görüşü ve mahkemeden de izni alabilir.^[113] Ancak her halükârda fesih bildirimini mahkemenin izin tarihinden itibaren ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır^[114].

Kural olarak kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar sulh hukuk mahkemesinde görülmektedir. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 4/a) Ancak konkordato borçlusunun İİK m. 296/2 hükmü gereğince kira sözleşmesinin fesih için onayını alacağı mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir. Zira kanun koyucu İİK m. 285/3'te; "Yetkili ve görevli mahkeme; iflâsa tabi olan borçlu için

[110] Mesut Köksoy, *Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Ankara, Yekin, 1. Baskı, 2022, s. 365.

[111] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 360.; Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 228; Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 107.; Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 396.

[112] Akil, *Konkordato Prosedürü*, *op. cit.*, s. 228.

[113] Benzer şekilde bkz. Pekcanitez ve Erdönmez, *op. cit.*, s. 107 vd.; Akil, "Konkordato Prosedürü," *op. cit.*, s.. Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 364.

[114] Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 400.; Sarıhan, *op. cit.*, s. 87.

154'üncü maddenin birinci veya ikinci fıkralarında yazılı yerdeki, iflâsa tabi olmayan borçlu için yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir.” hükmünü düzenlemiştir^[115].

3- Kira Sözleşmesi Bakımından Sonuçları

a) Genel Olarak

İİK m. 296/2 kapsamındaki fesih ve sonuçları genel hükümler kapsamında yapılan fesihden ve bunların sonuçlarından ayrı değerlendirilmelidir. Ancak elbette ki konkordato mühleti içinde; kira sözleşmesinin, İİK m. 296/2 hükmünden başka nedenlerle sona ermesi durumunda genel hükümler yine uygulama alanı bulabilecektir.

Kira sözleşmelerinin İİK m. 296/2 kapsamında feshedilmesinin taraflar bakımından birtakım sonuçları olacaktır. Bu fesih ile birlikte kira sözleşmesi sona erecek, kiracının malı iade yükümlülüğü doğacak ve duruma göre tarafların bir de tazminat yükümlülüğü doğacaktır.

b) Kira Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesi

Kural olarak fesih, sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır ve karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur^[116]. Kira sözleşmelerinde ise bu durum yapılan feshin olağan veya olağanüstü sebeplerle olmasına göre farklılık göstermektedir. Kira sözleşmesi eğer olağan sebeplerle feshediliyorsa^[117]; sözleşme, fesih bildirimini karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda değil fesih döneminin sonunda sona erer. Ancak kira sözleşmesi olağanüstü sebeplerle feshediliyorsa; fesih beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda, kabule gerek kalmadan kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurur^[118].

[115] Simil, *op. cit.*, s. 9.

[116] Seliçi, *op. cit.*, s. 115.; Eren, *op. cit.*, s. 385.

[117] Olağan nedenle fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, 377-383.

[118] Eren, *op. cit.*, s. 385; Altınok Ormancı, *op. cit.*, s. 221.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I. Cilt, İstanbul, Filiz, 4. Bası, 2008, s. 157.

Bu genel açıklamalardan sonra acaba İİK m. 296/2 hükmündeki fesih beyanı hangi kapsamda değerlendirilecektir? Yukarıda da bahsettiğimiz gibi^[119] bir olağanüstü fesih nedeni olan^[120] İİK m. 296/2 hükmündeki fesih beyanının da kural olarak karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurması gerekir. Ancak bu durum İİK m. 296/2'de yer alan şartların eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi halinde mümkün olacaktır. Yani konkordato borçlusunun fesih beyanında bulunmadan önce komiserin uygun görüşünü ve mahkemenin iznini alması gerekmektedir. Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi komiserin uygun görüşünün ve mahkemenin izninin ne zaman alınması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir.

Eğer konkordato borçlusu, komiserin uygun görüşünü ve mahkemenin iznini aldıktan sonra fesih beyanını karşı tarafa iletirse, fesih beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda, kabule gerek kalmadan kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğuracak, kira sözleşmesi sona erecektir. Konkordato borçlusunun önce fesih beyanında bulunup daha sonra komiserin uygun görüşünü ve mahkemenin iznini almaya çalışması halinde ise; fesih beyanı karşı tarafa ulaşmış olsa bile hüküm ve sonuç doğurmayacak ve kira sözleşmesi ancak komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izni alınınca sona erecektir. İşte bu durumda ise kira sözleşmesi komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izni alındıktan sonra sona erebilecektir.^[121]

c) Kiralananın İadesi (Tahliyesi)

i. Kiraya Veren Konkordato Borçlusu Olması Durumunda

Hem kiracı hem de kiralayan tarafın İİK m. 296/2 hükmüne göre kendi konkordato talepleri sebebiyle fesih yetkisini kullanmaları mümkündür. Ancak bizce; kiralayanın konkordato başvurusunun başarıya ulaşmasını engelleyecek kadar önemli bir sebebinin olabilmesi mümkün değildir^[122]. Zira kiralanan şeyin kiraya veren nezdinde olmamasının konkordatonun

[119] Bknz. Başlık 4.1.

[120] Bknz. İİK m. 296 hükmünün 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Yer Alan Gereçesi.

[121] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 429-430.; Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 400.; Sarıhan, *op. cit.*, s. 87; Kartal, *op. cit.*, s. 133-138.

[122] Sarıhan, *op. cit.*, s. 93.

başarısına bu derece etki edeceği bir ihtimal mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bizce konkordato başvurusunda bulunan kiraya verenin kira sözleşmesini genel hükümlerdeki fesih dönemi ve fesih bildirim sürelerine uygun olarak feshetmesi daha sonra tazminat ile karşılaşmaması bakımından yararına olacaktır^[123]. Ancak yine de bizim böyle bir ihtimal öngörmüyor olmamız, kiralayanın konkordato borçlusu olması durumunda hükmün uygulanmayacağı anlamına gelmeyecektir. Öyleyse bu ihtimalin de incelenmesi gerekmektedir.

Kira sözleşmesinin sona ermesi halinde kiracı, kiralananı geri vermekle yükümlüdür^[124]. Ancak kiracının buna yanaşmadığı hâllerde, kiraya verenin elinde iki hukuki imkân bulunmaktadır. Kiralanan taşınmazın tahliyesi, kural olarak ilamlı icra yolu ile gerçekleştirilmelidir. Ancak istisnai olarak İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen hâllerde ilamsız icra yolu ile de tahliye mümkündür. Kiraya veren ilamsız icraya ancak kira bedelinin ödenmemesi hâli (İİK m. 269-269d) ile kira süresinin bitmesi hâlinde (İİK m. 272-275) başvurabilir^[125].

İİK m. 296/2 kapsamındaki bir fesihle; kiralayan taraf konkordato borçlusu ise ve kiracı kiralananın geri verilmesine yanaşmıyorsa, kiraya veren ilamsız takip yapamayacaktır. Zira ilamsız takip için ya kira bedelinin ödenmemesi ya da kira süresinin bitmesi nedenlerine dayanması gerekecektir. Dolayısıyla ilamsız tahliyenin şartları oluşmayacağından kiraya verenin bu durumda ilamlı icraya gitmesi gerekecektir^[126]. Bütün bunların yanında; konkordato borçlusunun İİK m. 296/2 kapsamında fesih beyanında bulunması için gereken mahkeme izni sadece taraflar arasındaki kira ilişkisini sona erdirmeye yarayan şartlardan birisidir. Burada mahkemenin vermiş olduğu izin kararı ilam niteliğinde değildir ve dolayısıyla bu karar ilamlı icra yoluna gidilebilmesi mümkün değildir. Kiralananın tahliyesi için taraflar arasında

[123] Aynı doğrultuda bkz. Kartal, *op. cit.*, s. 135.; Bu hususa ilişkin olarak; Albayrak ise, ister kiracı taraf isterse kiralayan taraf olsun şartların mevcut olması halinde konkordatonun amacını engelleyen kira sözleşmeleri için TBK'da öngörülen süreleri beklemeden İİK m. 296/2'de düzenlenen fesih yetkisinin kullanılabileceği görüşündedir. Bkz. Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 357.

[124] Yavuz, *op. cit.*, s. 574 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 332 vd.

[125] Arslan *et al.*, *op. cit.*, s. 360.

[126] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 430-431.

çekişmeli yargı şeklinde görülecek bir dava neticesinde verilecek olan karara ihtiyaç vardır. Öyleyse kiraya veren konkordato borçlusu tarafından İİK m. 296/2 kapsamında sözleşmenin feshedildiği hâllerde, kiracı kiralananı geri vermeye (tahliye) yanaşmıyorsa kiralayan TBK m. 334 hükmüne^[127] dayanarak iade (tahliye) davası açması ve dava sonucunda aldığı ilamla birlikte takip yapması yerinde olacaktır^[128].

ii. Kiracının Konkordato Borçlusu Olması Durumunda

Kiracının konkordato borçlusu olması durumunda da kira sözleşmesini gerek İİK m. 296/2 hükmüne göre gerekse de genel hükümlere göre feshedilmesi mümkündür. Zira konkordato mühleti, borçlunun sözleşmeleri TBK hükümleri kapsamında feshetmesine engel değildir. Kiracı konumundaki konkordato borçlusunun TBK hükümlerine göre fesih hakkını kullanması durumunda İİK m. 296/2'deki şartları sağlaması gerekmeyeceği gibi tam tersi durumda TBK'daki şartlar da aranmayacaktır. Ancak kiracı konumunda olan konkordato borçlusu ister sözleşmeyi genel bükümler çerçevesinde isterse de İİK m. 296/2 kapsamında feshetsin her halükârda kiralananı iade etmek zorundadır. Aksi takdirde kiraya veren TBK m. 334'e dayanarak kiralananın iadesine yönelik dava açabilecektir.

Bu başlık ile ilgili olarak kiralayanın TBK m. 334'e dayanarak açtığı tahliye davası sonunda verilen ilamın icra edilip edilemeyeceği hususunda şüphe edilebilir. Zira konkordato mühleti kararının verilmesi ile birlikte takip yasağı başlayacaktır. Genel kural takip yasağı olmasına rağmen mevcut durumda kiracı konumundaki konkordato borçlusunun hem kira sözleşmesini feshedip hem de kiralananı iade etmemesini hukuk koruma altına alamaz. Kiracının sözleşmeyi feshetmesi ile birlikte taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kalmamıştır. Üstelik kira sözleşmesini fesheden taraf da

[127] “Kiralananın Geri Verilmesi” kenar başlıklı TBK'nın 334. maddesi; “(1) Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananı meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir. (2) Kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir.”

[128] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 431.

kiracıdır.^[129] Doktrinde konkordato borçlusunu kiracı aleyhine takip yapılabilmeyeceği tartışmaları bulunmaktadır.^[130] Ancak bu tartışmalar aslında konkordato borçlusunu kiracının kira sözleşmesini feshi çerçevesinde değil İİK hükümlerinden kaynaklanan ve kiralayanın para alacağına (İİK m. 269-269d) veya kiralananın tahliyesine yönelik davalara ilişkin tartışmalardır.

d) Tazminat Yükümlülüğü

Konkordato borçlusunun İİK m. 296/2 kapsamında kira sözleşmesini feshetmesinden sonra kiralananın iadesi yükümlülüğünün yanında kanun koyucu bir de tazminat yükümlülüğü öngörmüş böylece vaktinden önce sona eren borç ilişkisinden zarar gören tarafın zararının tazmin edilmesi amaçlanmıştır^[131]. Kira sözleşmeleri için bu tazminatın borçlusunu, hüküm kapsamındaki olağanüstü fesih yoluna başvuran kiracı veya kiraya verendir.

İİK m. 296/2’de öngörülen tazminatın sadece konkordato projesine tâbi olduğu belirtilmekle yetinilmiş ancak tazminatın kapsamı veya niteliği hakkında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir^[132].

Tazminatın niteliğine ilişkin olarak; doktrinde borçlar hukukuna ve iflâs hukukuna dayandığı şeklinde iki görüş mevcut olmakla birlikte^[133]; sözleşmelerin kurulması veya sona erdirilmesi maddi hukuk sorunu olsa da tazminatın konkordatoya tâbi olarak ödenecek olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir^[134]. Bir görüşe göre, İİK m. 296/2 gereğince ödenecek tazminat borçlar hukukundan kaynaklanan ikincil nitelikte edim yükümlülüğüdür. Borçlar hukukundan kaynaklanan tazminat sözleşme ihlali ya da kusurlu davranışından kaynaklanmadığı için de kusursuz sorumluluk ile

[129] Albayrak, İflâs Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 432-433.

[130] Cenk Akil, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklere Göre)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 141, Nisan 2019, s. 236 vd.

[131] İcra ve İflâs Kanunu m. 296 gereğince.

[132] Akil, *Konkordato Mühleti*, *op. cit.*, s. 230.

[133] Erdal Tercan, İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara, Adil, 1996, s. 149.

[134] Kartal, *op. cit.*, s. 133-138

açıklanacaktır^[135]. Tazminatın kusursuz sorumluluğa dayandırılması halinde ise; tarafların menfaati için zarar verenin hukuka uygun davranışına rağmen zararı hakkaniyet gereği tazmin etmekle yükümlülüğü anlamına gelen fedakârlığın denkleştirilmesi^[136] esasının uygulanması maddenin amacına ulaşmasında aykırılık teşkil etmeyecektir^[137].

Tazminatın kapsamına ilişkin olarak ise; kural olarak sözleşmenin süresinden önce feshedilmesinde ortaya çıkan zararın kapsamının temeli, müspet veya menfi zarar ile belirlenecek olup; sürekli borç ilişkisinde menfi zarar tazmini istisnâ bir durumdur^[138]. Doktrindeki genel görüş; baştan itibaren geçerli olan bir borç ilişkisinin kanunda öngörülen bir şekilde sonradan feshi söz konusu olduğu için burada tazmin edilmesi gereken zararın, müspet zarar olarak anlaşılması yönündedir^[139]. Doktrinde menfi zararın da müspet zarar ile birlikte karşılanması gerektiğine yönelik görüşler^[140] olsa da aslında menfi zarar, bilindiği üzere sözleşmenin hiç kurulamamasından veya geçersiz olmasından yani sözleşmenin geçerliliğine olan güvenden doğan zarardır^[141]. Ancak hükümde feshi istenen kira sözleşmesi baştan itibaren kurulmuş ve devam eden bir sözleşmedir. Dolayısıyla bizce İİK m. 296/2 hükmü kapsamında tazmin edilmesi gereken zarar sadece müspet zarardır^[142]. Bütün bunların yanında tazminatın kapsamına, kusursuz sorumluluk, fedakârlığın denkleştirilmesi bağlamında açıklama getirenler tarafından da; menfi, müspet

[135] *Ibid.*, s. 182.

[136] Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, İstanbul, Vedat, 14. Baskı, 2015, s. 369.

[137] Kartal, *op. cit.*, s. 184.

[138] *Ibid.*

[139] Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 435.; Akil, *Konkordato Mühleti*, *op. cit.*, s. 230.

[140] Eroğlu, *op. cit.*, s. 171.

[141] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan, 18. Baskı, 2014, s. 736.; Eren, *op. cit.*, s. 1079.

[142] Kartal, *op. cit.*, s. 181, Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordato, *op. cit.*, s. 382.

zarar ayrımı yapılmaksızın fesih ile uygun illiyet bağı bulunan zararların tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir^[143].

Özellikle kira sözleşmeleri için İİK m. 296/2 kapsamında tazminat hesaplanırken TBK m. 331/2 hükmü^[144] kıyasen uygulanmalıdır. Dolayısıyla konkordato borçlusunun karşısında yer alan taraf hem fiili zararını hem de yoksun kalınan kârını talep edebilecektir. Ancak elbette kira sözleşmesinin vaktinden önce feshedilmesinden ötürü karşı taraf herhangi bir değer elde etmişse, bu değer de zarardan mahsup edilmesi gerekecektir^[145].

İİK m. 296/2 kapsamında tazminat belirlenirken sözleşmeyi fesheden konkordato borçlusu taraf eğer kiracı ise bu durumda da TBK m. 325 hükmü^[146] de kıyasen uygulanabilir^[147]. Buna göre, sözleşmeyi fesheden taraf konkordato borçlusu kiracı ise İİK m. 296/2 hükmü kapsamında ödenecek tazminatın üst sınırı, kiralayanın kiralananı benzer koşullarda kiraya verebileceği makul süreye kadar söz konusu olan kira bedeli ve ortak giderler kadar olmalıdır^[148].

[143] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, op. cit.*, s. 42.

[144] TBK m. 331/2; “Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçlarını karara bağlar.”

[145] Kılıçoğlu, *op. cit.*, s. 736.; Eren, *op. cit.*, s. 1079; Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato, op. cit.*, s. 389.

[146] “Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesi” kenar başlıklı TBK’nın 325. maddesi; “(1) Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. (2) Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür.”

[147] Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato, op. cit.*, s. 436.

[148] TBK m. 325’in uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Zevkliler ve Gökyayla, *op. cit.*, s. 330.; Yavuz, *op. cit.*, s. 482.

Tarafların, tazminatın miktarı hususunda uyuşmazlığa düşmesi halinde tazminat talebi çekişmeli hale gelecektir^[149]. Ancak bu durumda İİK m. 296/2'de tazminata hangi mahkeme tarafından hükmedileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Yani tazminat miktarını, sözleşmenin feshine izin veren mahkemenin mi yoksa ayrıca açılacak bağımsız bir dava neticesinde müstakil bir mahkemenin mi belirleyeceği hususu kesin değildir. Bizce sözleşmenin feshine izin veren mahkeme aslında sözleşmenin sona ermesini hüküm altına almamakta sadece İİK m. 296/2'de yer alan şartların oluştuğunu onaylamaktadır. Doktrinde de feshe izin veren mahkemenin böyle başlı başına bağımsız bir husus hakkında yargılama yapmasının usul ve esas açısından ciddi sorunlar doğuracağı savunulmaktadır^[150]. Dolayısıyla taraflar tazminat miktarında anlaşamazlarsa, müstakil bir dava açarak bu dava neticesinde tazminat miktarını belirlemelidir^[151].

[149] Akil, *Konkordato Mühleti*, *op. cit.*, s. 230.; Öztekin *et al.*, *op. cit.*, s. 400 vd.

[150] Eroğlu, *op. cit.*, s. 172.

[151] Kartal, *op. cit.*, s. 254-255.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kira sözleşmeleri, uzun süren sürekli borç ilişkileridir. Dolayısı ile kira sözleşmelerinin uzun zamana yayılması ve piyasa şartlarının zamanla değişmesi nedeniyle borçlunun daha sonradan bir konkordato mühleti alması halinde konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyebilme ihtimali söz konusudur. Kira gibi sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyebileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu ise bazı şartlar altında konkordato mühleti almaya hak kazanmış borçluya tarafı olduğu sürekli borç ilişkisini feshetme hakkı tanımıştır. Kanunun borçluya tanıdığı bu hak aslında sözleşme ile bağlılık ilkesine önemli bir istisna teşkil etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu gerek istisnanın sınırlarını daraltmak gerekse de fesih hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacı ile bu istisnayı düzenlerken -mehaz İsviçre İcra İflas Kanunu'ndan farklı olarak- İİK m. 296/2 kapsamında fesih yetkisinin kullanılabilmesi için konkordato komiserinin uygun görüşünden başka bir de mahkemenin iznini aramıştır.

Konkordato borçlusunun İİK m. 296/2 kapsamında kira sözleşmesini feshetmesi halinde sözleşmenin karşı tarafı, müspet zararını sözleşmeyi fesheden taraftan konkordato alacağı olarak talep edebilecektir. Bu zarar için ödenecek tazminatın hesaplanmasında TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin bazı hükümleri özellikle TBK m. 331/2 ve TBK m. 335 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Bir kira sözleşmesinin İİK m. 296/2 kapsamında feshinin istenebilmesi için kira sözleşmesinin “aşırı külfetli olması” ve “konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi” gerekmektedir. Bir kira sözleşmesinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğinin tespitini yapmak her somut olay için kolay olmayacaktır. Zira kira sözleşmesinin konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyip engellemediğinin değerlendirmesi başkaca birçok hususla birlikte yapılan “varsayımsal” bir değerlendirmedir. Varsayımsal bir değerlendirme olması dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasında çıkabilecek bir ihtilaf halinde bu durumun veya aksinin ispatı oldukça güçtür. Bizce; bu durumdaki bir ihtilaf halinde taraflarca kira sözleşmesinin feshinin, konkordatonun başarıya ulaşmasına yardımcı olup olmayacağının ispat edilmesi daha kolay ve yerinde olacaktır. Ayrıca İİK m. 296/2 hükmü olağanüstü bir yol olduğu için sınırlı bir şekilde uygulanmalı ve şüpheye yer kalmayacak şekilde son çare olarak başvurulmalıdır.

Doktrinde kira sözleşmesinin taraflarından birisinin özellikle de kiracının konkordato mühleti talep etmesi halinde TBK m. 98 hükmünün İİK m. 296/1-c.3 hükmüne rağmen uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunda var olan tartışmalara yönelik olarak bizce; İİK m. 296/1-c.3 hükmü TBK m. 98 hükmünün uygulamasını engellemelidir. Zira her karşılıklı borç yükleyen sözleşmede karşı taraf, konkordato mühleti talep eden taraftan güvence isterse İİK m. 296/1 hükmünün ve dahi konkordato mühleti talep etmenin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ancak bir an için TBK m. 98'in uygulanabileceğinin varsayılması halinde teminat gösterilmediği takdirde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda ise konkordato talep eden taraf için işletme faaliyetinin devamı için önem arz eden, özellikle de temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin ayakta tutulması mümkün olmayacaktır. Zaten İİK m. 296/1 hükmü sonraki tarihli ve emredici bir hükümdür. Kanun koyucu TBK m. 98 hükmüne rağmen İİK m. 296 hükmünü düzenlemiştir.

TBK'nın 331. maddesinde kira sözleşmelerinin önemli nedenle feshi düzenlenmiştir. Konkordato başvurusu önemli nedenle fesih kapsamında değerlendirilse dahi bizce konkordato başvurusu ile birlikte İİK m. 296/1-c.3 hükmü TBK m. 331'in uygulanmasını engelleyecektir.

KAYNAKÇA

- Akartepe, Alparslan, “Türk Borçlar Kanunu’nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 83-110.
- Akil, Cenk, “Konkordato Prosedürü Çerçevesinde Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi (İİK M. 296, II)” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 143, Temmuz 2019, s. 221-233.
- Akil, Cenk. “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklere Göre).”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 141, Nisan 2019, s. 227-252.
- Albayrak, Hakan, “7327 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kira Sözleşmelerine Etkisi”, in Cevdet Yavuz *et al.* (Ed.), *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul, Legal, 2023.
- Albayrak, Hakan, İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2020.
- Albayrak, Hakan. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Altay, Sümer ve Ali Eskiocak, 7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul, Vedat, 5. Baskı, 2018.
- Altınok, Ormancı Pınar, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul, Vedat, 10. Baskı, 2011.
- Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2015.
- Arslan, Ramazan *et al.*, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2019.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin, 2019.
- Aydemir, Efrail, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019.

- Aydın, Gülşah Sinem, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2013.
- Ayşe Arat ve Meltem Ercan, “Konkordato-İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 145, Eylül, 2018.
- Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2019.
- Coşkun, Mahmut, *Konkordato ve İflas*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 6. Baskı, 2018.
- Eroğlu, Orhan, *Uygulamada Konkordato*, İstanbul, Seçkin, 3. Baskı, 2020.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-1*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2013.
- İnceoğlu, Murat, *Kira Hukuku Cilt II*, İstanbul, Oniki Levha, 1. Baskı, 2014.
- Kale, Serdar, *Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato)*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2017.
- Kaplan, İbrahim, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2019.
- Kartal, Bünyamin, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi*, Ankara, Adalet, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan, 18. Baskı, 2014.
- Kocayusufoğlu, Necip *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I. Cilt, İstanbul, Filiz, 4. Bası, 2008.
- Köksoy, Mesut, *Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Ankara, Yekin, 1. Baskı, 2022.
- Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, İstanbul, Vedat, 14. Baskı, 2015.
- Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul, Vedat, 14. Baskı, 2015.

- Öztek, Selçuk *et al.*, *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 – 309 Şerhi*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019.
- Pekcanıtez, Hakan *et al.*, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, On İki Levha, 6. Baskı, 2019.
- Pekcanıtez, Hakan ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2018.
- Pekmez, Cüneyt, *Borcun İfa Edilmediği Defi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan, *Konkordato*, İstanbul, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.
- Sarıhan, Banu Bilge, “Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Haziran 2020, s. 83-98.
- Sarısözen, M. Serhat, *İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2019.
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2007.
- Simil, Cemil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2020.
- Şahin, Turan, “Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, Nisan 2019, s. 337-359.
- Tercan, Erdal, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, Ankara, Adil, 1996.
- Toroslu, Mahmut Vefa, *Hukuksal ve Finansal Açıdan Konkordato*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2019.
- Tümerdem, Murat, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK Mad. 126)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2018.
- Uyar, Talih, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Ankara, Bilge, 2019.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 10. Basım, 2014.

Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2014.

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan, 15. Baskı, 2015.

Kooperatiflerde Ortaklık Payı ve Risturn Hakkı

Hayri BOZGEYİK*

Büşra KAYA**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hbozgeyik@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9974-7459.

** Hakim, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Doktora Programı, busrakayaa23@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3894-677X.

Makale geliş tarihi: 22 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 2 Temmuz 2024

Atf önerisi: Bozgeyik, Hayri ve Büşra Kaya, “Kooperatif ve Ortakları Arasındaki Ekonomik İlişkilerin Hukuki Boyutu: Ortaklık Payı ve Gelir-Gider Farkı Bağlamında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.233-251. **DOI:** 10.30915/abd.1441066.

KOOPERATİFLERDE ORTAKLIK PAYI VE RİSTURN HAKKI

ÖZ

Kooperatif, ortaklarının ekonomik menfaatlerini yardımlaşma ve dayanışma ilkeleri çerçevesinde korumayı amaçlayan bir ortaklık modelidir. Kooperatifin amacına ulaşabilmesi için ortaklarına yüklediği bazı yükümlülükler vardır. Bunların başında ortakların kooperatiften ortaklık payı almaları gelmektedir. Kooperatif ortakları için öngörülen haklardan birisi ise gelir gider farkı dağıtımında ortaya çıkan talep (risturn) hakkıdır. Hem ortaklık payı edinme yükümlülüğü hem geri ödeme talep hakkı mali niteliktedir. Bu çalışmada ilgili yükümlülük ve hak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: kooperatif, sermaye, ortaklık payı, gelir gider farkı, risturn

SHAREHOLDING AND RETURN RIGHT IN COOPERATIVES

ABSTRACT

Co-operative is a partnership model that aims to protect the economic interests of its members within the framework of the principles of cooperation and solidarity. In order for the co-operative to achieve its purpose, there are certain obligations imposed on its members. One of the most important of these obligations is that the members acquire a share in the co-operative. One of the rights foreseen for co-operative members is the right to demand a return (risturn). Both the obligation to purchase membership shares and the right to demand return are financial in nature. In this study, these obligations and rights are analysed together.

Keywords: cooperative, capital, cooperative share, income-expense difference, right of return

GİRİŞ

Kooperatif, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini karşılıklı dayanışma, yardımlaşma ve kefalet yoluyla koruyup geliştirme amacına sahip bir ortaklık modelidir^[1]. Kooperatifin amacına ulaşabilmesi için ortaklara çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi, kooperatif ile olan ortaklık ilişkisinin devamı için gereklidir.

Bu çalışmada ortakların Kooperatifler Kanunu 19'da (KoopK) düzenlenen ortaklık payı alma yükümlülüğü ile ortağın kooperatifin hesap dönemi sonunda ortaya çıkan olumlu gelir gider farkına ilişkin talep hakkı (risturn) üzerinde durulacaktır. Ortaklık payı alma yükümlülüğü ile gelir gider farkı talebi arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamakla birlikte bunlardan ilki ortağın kooperatife karşı mali yükümlülüklerinden, ikincisi ise mali nitelikli haklarından. Gelir gider talep hakkı kooperatifle işlem yapan ortaklara tanınmış bir haktır.

Kooperatiflerde ortağın gelir gider farkına ilişkin talep hakkı, diğer ticaret şirketlerinin aksine ortaklık payının miktarına veya tek başına ortak sıfatına bağlı değildir. Bu yönü ile çalışma, gelir gider farkının ortağın kooperatifle yapacağı muamelelere olan bağlılığını da incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada öncelikle ortaklık payına ilişkin hukuki konular doktrin ve yüksek yargı kararları ışığında ele alınacak, sonrasında ise gelir gider farklı talep hakkı incelenecektir.

[1] Kooperatifin şirket ve tacir niteliğini uygulama ışığında ele alan bir çalışma için bkz. Sema Aydın ve Hasan Ali Kaplan. "Yargıtay'ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği." *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Mayıs, 2022, s.208 vd.

I. KOOPERATİFLERDE ORTAĞIN ORTAKLIK PAYI ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A) KOOPERATİFLERDE ORTAKLIK PAYINA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ SORUNLAR VE UYGULAMA

Kanunda “değişir sermayeli şirket” olarak nitelenen kooperatifin (KoopK 1) unsurlarından birisi de ortaklık payıdır. Zira her ortak kooperatiften ortaklık payı almak ve bunu taahhüt etmek zorundadır (KoopK 19)^[2]. Ortaklar tarafından ortaklık paylarına karşılık yapılan ödemelerin toplamı kooperatif sermayesini oluşturmaktadır^[3]. Kooperatifin ortak yapısında değişimler oldukça bu sermaye de değişmiş olmaktadır.

Ortaklık payına dair KoopK 19 emredici mahiyette olduğundan ana sözleşme ile aksinin öngörülmesi mümkün değildir. Kooperatiflerin ana sözleşmesi ile bir üst sınır belirlenerek ortaklar tarafından bu sınır kapsamında ortaklık payının alınması imkân dâhilindedir. Kanun tarafından en fazla 5.000 ortaklık payı şeklinde bir üst sınır belirlenmiştir. Her ortak en az bir ortaklık payı taahhüt edebilecekse de kooperatifin üst kuruluşuna katılan ortakların genel kuraldan ayrı olarak en az 50 ortaklık payı taahhüt etmesi gerekmektedir (KoopK 19/2).

Her ortağın sahip olduğu paylar için bir ortaklık senedi düzenlenmektedir (KoopK 18). Bu senede yazılması zorunlu unsurlar kanunda “*Bu senede kooperatifin unvanı, sahibinin adı ve soyadı, iş ve konut adresi, kooperatife girdiği ve çıktığı tarihler yazılır*” şeklinde belirtilmektedir. Bir ortağın birden fazla ortaklık payı varsa bunların tek bir senette gösterilmesi mümkündür.

Kooperatiflerde ortak sıfatı, gerekli şartları taşıyan kişiler hakkında kooperatif yönetim kurulunun ortaklığa kabul kararı vermesi ile kazanılmaktadır (KoopK 8). Kural olarak gerçek veya tüzel kişiler kooperatif ortağı olabilmektedir (KoopK 1, 9). Ancak kooperatif birliklerinin kurucuları sadece kooperatifler (KoopK 72), kooperatif merkez birliklerinin kurucuları ise kendileri kooperatif şeklinde kurulmuş olan (KoopK 72/2) kooperatif birlikleri olabilir.

Kanunda ortaklık payının taahhüt edilmesinin ortaklık sıfatının kazanılması için bir şart olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

[2] Bu konuda bkz. Merdan Çalışkan, “Kooperatiflerde ve Diğer Ticaret Şirketlerinde Sermaye Tutarı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 6, Sayı 57, Mayıs, 2011, s.81-85.

[3] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24/01/2005 Tarih ve E.2004/3818, K.2005/188 Sayılı Kararı.

Kanun sistematığı içinde KoopK19'un "Ortakların hak ve yükümlülükleri" başlığı altında düzenleniyor olması ve maddede "kooperatife giren" kişilerin en az bir ortaklık payına sahip olması gerektiğinin öngörülmesi ortaklık payının kooperatiflerde ortaklık sıfatının kazanılması için bir şart değil ortaklık sıfatı kazanan ortaklara yüklenen bir yükümlülük olduğunu göstermektedir^[4]. Ortaklar bu anlamda ortaklık payına sahip olmadıkları ve bunun bedelini kooperatife ödemedikleri takdirde, ana sözleşmede açıkça gösterilmek şartıyla (KoopK 16/1) bu durum ilgilinin ortaklıktan çıkarılması için bir sebep teşkil edecektir. Zira ortakların kooperatif payı edinmesi zorunlu olduğu gibi (KoopK 19), bunun miktarının ana sözleşmede belirlenmesi ve belirli bir miktarının peşin ödenmesi de (KoopK 4) zorunludur.

Eşitlik ilkesi (KoopK 23) gereği, kooperatife sonradan ortak olan kişi, girişinden önce doğmuş olan borçlardan diğer ortaklar gibi sorumlu olmaktadır (KoopK 35). İlkenin uygulanması, kooperatife sonradan katılmak isteyen kişilerden istenecek ödemeler açısından önemlidir. Zira özellikle enflasyon nedeniyle para değerindeki düşüş, kooperatife sonradan ortak olacak kişilerin yapacağı ortaklık ödemeleri açısından ortaklar arasındaki eşitliğin önceki ortaklar aleyhine bozulmasına neden olacaktır. Bu nedenle yeni üyeden tahsil edilecek miktarın diğer üyelerin yatırmış olduğu paraların değer kaybı da dikkate alınarak hesaplanması önem taşımaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu değer kaybının, sonraki üyeden bağış şeklinde alınacak bir ek ödeme ile telafi edilmesini hukuka uygun bulmuş^[5], söz konusu kararında Özel Daire'nin "*Davalı kooperatifin boş bulunan üyelik için sonradan ortak olmak isteyen davacıdan, üyelik aidatları ile ilgili ödemelerden ayrı olarak bağış adı altında ek bir ödeme isteminde bulunmasında bir usulsüzlük olmadığı gibi aksine ortaklar arasında eşitlik sağlamaya yönelik bu işlem kabul edilebilir. Ancak, davalı kooperatifin bu konudaki istemi de keyfi bir miktar olmamalıdır. Diğer ortakların yatırdığı paraların tutarı, zamanı ve süresi ile zaman içinde paranın değer kaybı nazara alınmak suretiyle bu tutarın hesaplanması*

[4] Yahya Deryal, *Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları* (Doktora tezi, Danışman Hamdi Yasaman), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, <https://tez.yok.gov.tr>, Tez No:30594 s.34.

[5] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19/06/1991 Tarih ve E.1991/11-284, K.1991/380 Sayılı Kararı.

gerekmektedir. Davalının başış adı altında talep ettiği miktar uyumsuzluk konusu olarak mahkemeye intikal ettiğine göre, uyumsuzluk konusu bu miktarın diğer ortakların yatırdığı ödemeler miktarına göre eşitlik ilkesi uyarınca fazla olup olmadığı ve ne miktar istenebileceği mahkemece tesbit edilmelidir. Bu nedenle mahkemece, diğer ortakların yatırdığı ödemeler miktarı kooperatif kayıtlarından tespit edilerek, bu ödemeler miktarına göre eşitlik ilkesi uyarınca davalının başış adı altında istediği miktarın fazla olup olmadığı, ne miktar ödeme istenebileceği gerekirse bilirkişi vasıtasıyla saptanarak davacıdan bu miktarı davalı kooperatife ödemek isteyip istemediği sorularak, ödemek istediği takdirde davacıya bu konuda münasip bir süre verilerek bu süre içerisinde saptanan fark ödendiği takdirde davanın kabulüne, aksi takdirde ise davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir” şeklindeki bozma gerekçesini yerinde bularak ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur^[6].

Bir ortaklık payına birden fazla ortağın sahip olup olamayacağına ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Ancak kanunda geçen “*her ortak bir ortaklık payına sahip olur*” (KoopK 19) ifadesinden hareketle, bir ortaklık payının yalnızca bir ortağa ait olabileceği sonucuna varmak mümkündür. Yargıtay bir kararında bu kuralı “*Her ortağın en az bir ortaklık payı olması gerekir ve bu ortaklık hakkı bölünemez. Birden fazla kişinin aynı pay için hisseli ortak olması mümkün değildir. Kooperatif yönetim kurulu kararıyla bir ortaklığa birden fazla kişinin hisseli olarak kaydedilmesi ve hisseli ortak olarak tespit ve tescil edilmesi kooperatif bakımından hüküm ifade etmez*” şeklinde ifade etmektedir^[7]. Buna göre ortaklık payı bedeli birden fazla kişi tarafından ödenmiş olsa bile görünürde yalnızca bir ortağa ait olacak, bir ortaklık payının birden fazla kişiye ait olduğu iddiası üçüncü kişilere ve kooperatife karşı ileri sürülemez^[8].

[6] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25/12/1990 Tarih ve E.1991/1461, K.1990/8392 Sayılı Kararı.

[7] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24/01/2023 Tarih ve E.2021/5488, K.2023/216 Sayılı Kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 18/09/2014 Tarih ve E.2013/9271, K.2014/5751 Sayılı Kararı.

[8] Mine Çiftçi Kılıçarslan, *Kooperatiflerde Ortakların Hak ve Yükümlülüklerinin Kapsamı* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Gökhan Şahan), Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 602202), s.151.

Kanaatimizce bu özellik anonim şirketler hukukundaki payın şirkete karşı bölünmezliği ilkesine benzemektedir (TTK 477). Bir paya birden fazla ortağın sahip olması halinde paya ilişkin hakların nasıl kullanılacağı konusu günceme gelmektedir. KoopK 19'un uygulama şekli bakımından "1163 sayılı Kanununun 98. maddesinin atfıyla Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin maddesinin uygulanması" öngörülmektedir^[9]. Bu nedenle, bir paya birden fazla ortağın sahip olduğu durumlarda ortakların ortaklık payından kaynaklanan hakları kullanabilmesi için TTK 432 ve 477'de anonim şirket pay sahipliğine ilişkin olarak öngörüldüğü üzere bir temsilci atamaları gerekmektedir^[10]. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararda "ortaklık payı kooperatife karşı bölünemeyeceğinden, bir paya birden fazla kişi ortak olmuş ise bunlar haklarını kooperatife karşı ancak ortak bir temsilci aracılığıyla kullanabilecektir. Ortak temsilci tayin etmedikleri takdirde kooperatifçe bunlardan herhangi birine yapılacak bildirim hepsi için geçerli olacaktır" ifadeleri yer almaktadır^[11].

Kooperatif yönetim kurulu tarafından bu kurala aykırı olarak bir payın birden fazla ortağa ait olduğu kabul edildiği takdirde, kurul üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır (KoopK 62/3). Ancak bu durum ortağın kooperatiften çıkarılması için bir gerekçe oluşturmamaktadır.

Kooperatif payı, ortağın şahsi borçları için haczedilemez^[12]. Ancak kooperatifin tasfiyesi halinde ortağa düşecek miktar, veya örneğin ferdi mülkiyet konusu bağımsız bölüm^[13] veya faiz ve gelir-gider farklarından kaynaklı olarak

[9] Altuğ İmamoğlu, *Yapı Kooperatifleri ve Gayrimenkul İşlemleri*, Ankara, Yazıt, 2007, s.31.

[10] Gönen Eriş, *Açıklamalı- İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku*, Ankara, Seçkin 3. Baskı, 2001, s.621-622. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 17/06/2013 Tarih ve E.2013/3535, K.2013/4142 Sayılı Kararı.

[11] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30/05/2018 Tarih ve E.2017/23-2539, K.2018/1149 Sayılı Kararı.

[12] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24/10/2005 Tarih ve E.2005/16942, K.2005/20667 Sayılı Kararı.

[13] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9/2/2005 Tarih ve E.2005/12-58, K.2005/45 Sayılı Kararı.

ortağın payına düşen kısmın haczi mümkündür (KoopK19/6)^[14]. Yargıtay, BAM tarafından “bir ortağın kişisel alacaklısının ancak ortağın faiz ve gelir-gider farklarından payına düşen miktarı ve kooperatifin dağılmasında ona ödenebilecek payı haczettirebileceğini, davacının üyesi olduğu kooperatifin tasfiye edildiği ya da faal olmadığına ilişkin şikayet ve istinaf nedeninin de bulunmadığından anılan madde hükmüne göre kooperatif ortaklık payına haciz konulmasının mümkün olmadığından mahkeme kararında isabetsizlik görülmediği” şeklinde verilen kararı onamış^[15], benzer nitelikteki bir başka kararında ise “kooperatif ortağının alacaklıları, ancak ortağın faiz ve gelir-gider farklarından hissesine düşen miktarı ve kooperatifin dağılması halinde ortağa ödenecek payın” haczedilebileceğine karar vermiştir^[16].

B) KOOPERATİFLERDE NAKDİ SERMAYE KONULMASINA İLİŞKİN ESASLAR VE UYGULAMA

Ortakların kooperatife katılırken verdikleri nakdi katılma payı “nakdi sermaye” olarak adlandırılmakta (KoopK 4, b.4), varsa ayın niteliğindeki sermaye payları (KoopK 20) ile birlikte bunların tamamı kooperatif tüzel kişiliğinin sermayesini oluşturmaktadır.

Ortaklık payı taahhüdü ortakların mali yükümlülükleri arasında yer alır^[17] ve kooperatif ana sözleşmelerinde belirtilir. Kanun gereği her ortaklık payı 100 TL'dir (KoopK19/2).Ortaklık payının değeri kooperatiflerin amaç ve faaliyet konularına göre ilgili bakanlıkça artırılabilir. Ana sözleşme ile kanunda öngörülen bu tutarın daha üzerinde bir ortaklık payı tutarı

[14] Eriş, *op.cit.*, s.618; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 07/03/2023 Tarih ve E.2022/8548, K.2023/1429 Sayılı Kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 09/03/2017 Tarih ve E.2016/11547, K.2017/3550 Sayılı Kararı.

[15] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 07/03/2023 Tarih ve E.2022/8548, K.2023/1429 Sayılı Kararı.

[16] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 09/03/2017 Tarih ve E.2016/11547, K.2017/3550 Sayılı Kararı.

[17] Mustafa Erdem Can, Şirketler Hukuku Dersleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2017, s.73.

belirlenmesi de mümkündür^[18]. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na göre sigortacılık faaliyetinde bulunacak kooperatifler için "en çok pay taahhüt" sınırı uygulanmaz ve ortaklık payının değeri konusunda ilgili kurumun görüşü alınır (KoopK 19/2).

Ortaklık paylarının tutarının ve kooperatif sermayesinin ne şekilde ödeneceğinin kooperatif ana sözleşmesinde yer alması zorunludur (KoopK 4/4). Aynı hükümden, ortakların kooperatife ödemeyi taahhüt ettikleri sermayenin en az dörtte birini peşin ödeme zorunluluğu olduğu da anlaşılmaktadır. Geriye kalan tutarın nasıl ve ne zaman ödeneceğine ilişkin kanunda bir düzenleme olmasa da anasözleşme ile bu hususun düzenlenmesi mümkündür.

Ortaklar tarafından taahhüt edilen nakdi sermayenin nereye ödeneceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda KoopK 98'de TTK'ye yapılan atıf ile TTK 345'deki ödeme yerine ilişkin düzenlemeler uygun düştüğü ölçüde uygulanarak nakdi sermayenin nereye ödeneceği hususu çözülecektir. Bu düzenlemeye göre kooperatife yapılacak nakdi ödemelerin Bankacılık Kanununa bağlı bir bankada kooperatif adına açılacak özel bir hesaba ve sadece kooperatifin kullanabileceği şekilde yatırılması gerekmektedir (TTK 345/1).

Bütün şirketlerde sermayenin işletme konusu ile mütenasip olması gerekmektedir. Bir anonim şirketin konusu, örneğin gıda sektöründe doğrudan faaliyette bulunarak kâr elde etmeye yönelik faaliyetler yürütme olmasına mukabil, kooperatiflerin konusu, gelir getirici faaliyetlerin bizzat kooperatif tarafından yapılmasından ziyade, bunun, kooperatif ve ortaklar arasında daha etkin ve verimli yapılabilmesidir. Kooperatifin ortaklar ve/veya üçüncü kişilerle muamelelerde bulunabilmesi de bir sermaye gücüne sahip olmasını gerektirmektedir.

C) KOOPERATİFLERDE AYNI SERMAYE KONULMASINA İLİŞKİN ESASLAR VE UYGULAMA

Ortakların kooperatife aynı sermaye koyup koyamayacakları ana sözleşmede gösterilmesi zorunlu unsurlardandır (KoopK3/1 b.6; 4; 20). Ana sözleşmede öngörülmesi halinde kooperatiflere aynı sermaye olarak para dışında bir mal, demirbaş, taşıt veya bina vb. getirilmesi veya başka

[18] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22/02/2010 Tarih ve E.2009/ 11437, K.2010 / 2130 Sayılı Kararı. Aksi görüş için bkz. Eriş, *op.cit.*, s.258.

bir işletmenin sermaye olarak konulması mümkündür (KoopK 20). Bu halde aynî sermayenin, devralınan akçalı kıymetler^[19] ve *işletmelerin* (KoopK 3/1 b.6; TTK 137/3) neden ibaret olduğu ve bunlara biçilen değer ana sözleşmede belirtilerek ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.^[20]

Aynın değeri ana sözleşme belirlenmediği takdirde, kurucular tarafından yapılacak çağrı ile toplanan ilk genel kurul toplantısında ortak sayısının üçte ikisini temsil eden ortaklar tarafından seçilecek bilirkişi tarafından değer tespiti yapılması gerekir (KoopK21/1). Şayet kooperatife sonradan katılacak bir kişi aynı sermaye koymak isterse o zaman yönetim kurulu tarafından yapılan çağrı üzerine genel kurul yine aynı yetersayı ile bu konuda değer tespiti için bilirkişi seçecektir (KoopK21/2). Ortakların üçte ikisinin değer tespiti konusunda birleşmesi mümkün olmadığı takdirde sulh hukuk mahkemesinden bilirkişinin seçimi istenir (KoopK 21/3). Bilirkişi tarafından yapılan değer tespitine karşı yine Sulh Hukuk Mahkemesine itiraz edilebilir. Bu halde mahkemenin vereceği karar kesindir (KoopK 21/4).

Kooperatife aynı sermaye konulması halinde bunun neden ibaret olduğu ve biçilen değeri ana sözleşmede gösterilir. Bu halde aynın mülkiyeti kooperatife geçmiş olur. Ortak kooperatiften ayrılırken sermaye olarak koyduğu aynın kendisine iade edilmesi söz konusu olmaz. Bu halde yalnızca sermaye olarak koyduğu aynın değerinin iadesi mümkün olur^[21]. Yargıtay bir kararında kooperatife bu anlamda ortaklık payı karşılığında inşaat malzemesi veren bir ortağa ayrılırken bu malzemenin aynen iade edilmesinin mümkün olmadığına, bunun verilmiş tarihindeki parasal değeri kadar ödeme yapılmış sayılacağından ancak bu bedelin istenebileceğine hükmetmiştir^[22]. KoopK 17'ye göre "*Kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların kendilerinin yahut mirasçılarının kooperatif varlığı üzerinde hakları olup olmadığı ve bu hakların nelerden ibaret bulunduğu ana sözleşmede gösterilir. Bu*

[19] Kanunda geçen "akçalı kıymetler" kavramını TTK 342'ye kıyasla "nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen malvarlığı unsurları" şeklinde anlamak mümkündür.

[20] Eriş, *op.cit.*, s.258; Can, *op.cit.*, s.90.

[21] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 18/04/2014 Tarih ve E.2014/3012, K.2014/3056 Sayılı Kararı.

[22] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20/04/1987 Tarih ve E.1986/2367, K.1987/2300 Sayılı Kararı.

haklar, yedek akçeler hariç olmak üzere, ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanır". Kanaatimizce nakdi alınan paylarda olduğu gibi ayrılan ortağa, kooperatife kooperatif payı karşılığı getirdiği ayınların bunları getirdiği tarihteki değerinin verilmesi uygun bir çözüm olmayacaktır. Ayrılan ortağa her halükârda ortaklık payının verilmesi gerekmektedir. Bu ise ortağın kooperatife yaptığı ödemeler veya ortaklık payı karşılığı getirdiği ayınların kanuna uygun belirlenen değeri ile buna ilave edilen olumlu gelir gider farkını ifade etmektedir^[23]. Ancak kanaatimizce bu şekilde bulunan bedelin hakkaniyete uygun olmadığı, özellikle kooperatif payının daha yüksek olduğu hallerde, payın rayiç değerinin belirlenerek ortağa verilmesi gerekecektir.

II. KOOPERATİFLERDE ORTAĞIN GELİR GİDER FARKI TALEP HAKKI

A) KAVRAM

Diğer ticaret şirketlerinin aksine kooperatiflerde ortak ile kooperatif arasındaki bağ, ortağa hesap dönemleri sonu itibariyle dağıtılmasına karar verilen kâr üzerinde bir talep hakkı tanınması esasına değil, ortakların belirli ekonomik menfaatlerinin korunması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle kooperatifin ortaklarla yaptığı muamelelerden^[24] doğan kazanç kanunda "olumlu gelir gider farkı" kavramı ile ifade edilmiş, kanunun sadece bir hükmünde, o da yönetim kurulu üyelerine yapılabilecek ödemeler bağlamında "risturn" kavramı kullanılmıştır (KoopK 56/6)^[25]. Doktrin ve yargı

[23] Daha geniş bilgi için bkz. Can, *op.cit.*, s.90.

[24] Kooperatifin konusu ve üyelerin kooperatif ile yaptığı işleme göre risturn alacağıının oluşup oluşmadığı konusunda bir örnek için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.03.2017 Tarih ve E.2015/967, K.2017/426 Sayılı Kararı.

[25] Haksız risturn ödemesi yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açabilmektedir. Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 13/12/2018 Tarih ve E.2018/11561, K.2018/9654 Sayılı Kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17/11/2014 Tarih ve E.2013/12729, K.2014/19452 Sayılı Kararı. Yönetim kurulu üyesine, aynı zamanda kooperatif üyesi olan ve bu nedenle risturn ödemesi yapılması nedeniyle verilen ceza hükmünün bozulması yönünde bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 30/01/2017 Tarih ve E.2015/33965, K.2017/534 Sayılı Kararı. Yapılan ödemenin, kooperatifle işlemi nedeniyle yapılan bir risturn ödemesi mi yoksa ücret ödemesi mi olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 15.11.2011 Tarih ve E.2011/843, K.2011/1735 Sayılı Kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 03.2013 Tarih

kararlarında konuyu ifade etmek üzere daha çok risturn kavramının tercih edildiği görülmektedir. Bu çalışmada ise her iki kavram da kullanılmıştır.

B) GELİR GİDER FARKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Kooperatifler doğrudan kâr elde edip bunu ortakları arasında dağıtan değil, ortaklarının menfaatlerini koruma amacıyla hareket eden bir ticaret şirketi türüdür. Kooperatif için kanunda veya doktrin tarafından yapılan tanımlarda *kâr elde etme amacından* bahsedilmemesi, kooperatifte böyle bir değer hiç oluşmayacağı ve bu değeri ortaklarına dağıtmayacağı anlamına gelmemektedir.

Diğer ticaret şirketlerinden işlevsel farkları nedeniyle, kooperatiflerin ortaklarla yapılan muameleleri sonucunda ortaya çıkan sonuç “kâr” veya “zarar” şeklinde değil, “*gelir gider farkı*” şeklinde ifade edilmektedir (KoopK38 ve ayrıca 4/1 b.9; 19/6; 24 vb.)^[26]. Bunun nedeni kâr dağıtımının kooperatiflerin amacı değil faaliyetleri neticesinde kendiliğinden meydana gelen doğal bir sonuç olmasıdır^[27]. Anasözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, faaliyet dönemi sonunda kooperatifin gelir ve giderleri arasında

ve E.2013/762, K.2013/1619 Sayılı Kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 7/12/2015 Tarih ve E.2015/3147, K.2015/7952 Sayılı Kararı.

[26] Deryal, *op.cit.*, s.877; Merih Kemal Omağ, “1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Açısından Kooperatif Teşekküllerinin Hukukî Mahiyet ve Niteliği”, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Sayı 2, 1974, s.216; Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2017, s.403; Remziye Demir, *Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri* (Yüksek Lisans Tezi- Danışman Fatih Aydoğan), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No:596329), s.59.

[27] Ünal Tekinalp, *Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortaklık Sınıfının Kazanılması ve Yitirilmesi*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s.58.

oluşan olumlu fark^[28] kooperatifle işlem yapmış olan ortaklara^[29], yaptıkları muameleleri ile orantılı bir şekilde^[30] dağıtılabilir (KoopK 38/2).

Olumlu gelir gider farkının ortaklara dağıtılması konusunda anasözleşme hüküm bulunması halinde ortağın buna ilişkin hakkı gelir-gider farkını talep hakkı şeklinde ifade edilmektedir^[31]. Gelir gider farklı kural olarak yapı kooperatiflerinde pek görülmezken^[32], ortağın kooperatifle muamele yapmalarının önem arz ettiği üretim, tüketim, motorlu taşıyıcılar, kredi ve kefalet, esnaf sanatkâr, pazarlama, tarım ve kredi kooperatiflerinde daha sık ortaya çıkabilmektedir^[33].

C) ORTAĞIN GELİR GİDER FARKI TALEP HAKKI

Kanun koyucu esas olarak olumlu gelir gider farkının ortaklara paylaşılmasını öngörmemiştir. Kooperatif ana sözleşmesi ile aksine bir düzenleme yapılmamışsa bir yıllık faaliyet sonucu elde edilen hasılatın tamamı gelir gider farkı olarak kooperatifin yedek akçelerine eklenmesi gerekmektedir (KoopK 38). Ortaklara olumlu gelir gider farkından anasözleşme ile belirlenmiş kurallara göre dağıtım yapılır (KoopK38/2). Ortaklara bu nitelikte bir dağıtım yapıp yapılmayacağı, şayet yapılacaksa hangi oranda yapılacağı ana sözleşme ile belirlendiğinden dağıtım ve buna ilişkin talep hakkının istisnai bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Ortaklara olumlu gelir gider farkı dağıtımını kendine özgü bir nevi kâr dağıtımıdır. Ancak diğer ticaret şirketleri ve özellikle sermaye şirketlerinin aksine, bu konuda ortakların sermayeye katılım oranları, bunun büyük veya

[28] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 26/10/2015 Tarih ve E.2014/5749, K.2015/6856 Sayılı Kararı.

[29] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 15/02/2016 Tarih ve E.2015/2113, K.2016/800 Sayılı Kararı.

[30] Üstün ve Aydın, *op.cit.*, s.130.

[31] Demir, *op.cit.*, s.59-60.

[32] İlker Tüneri, *Kooperatifler Uygulaması*, Ankara, Seçkin, 2007, s.234-235.

[33] Ayrıntı için bkz. Üstün ve Aydın, *op.cit.*, s.130-131.

küçüklüğü, kurucu ortak olup olmadıkları, mensup oldukları meslek veya ne kadar süredir kooperatife üye oldukları dikkate alınmaz^[34].

Kooperatifin ortaklarla yaptığı muamelelerden bir yıllık faaliyet sonunda elde edilen hasıladan eşitlik (KoopK 23)^[35] ilkesi gereğince bir dağıtım yapılır^[36]. İlgili faaliyet dönemi içerisinde kooperatifle muamelede bulunmayan ortağa bu anlamda bir ödeme yapılmaz^[37].

D) GELİR GİDER FARKININ DAĞITIM USULÜ VE ŞARTLARI

Ortaklara gelir gider farkı dağıtımı genel kurul kararı ile olur. Bu konuya ilişkin karar almak genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerindedir (KoopK 42/3).

Ortaklara dağıtım yapılabilmesi için gerekli şartlardan birisi de önceki yıllara ait geçmişe dönük olumsuz gelir gider farkının (zararın) bulunmamasıdır (KoopK 38/6)^[38]. Kooperatifin önceki faaliyet dönemlerine ait olumsuz gelir gider farkı mevcutsa öncelikle bunun ortadan kaldırılması, yani mevcut olumlu gelir gider farkının bu önceki olumsuz farkın kapatılmasına tahsis edilmesi gerekir.

Bundan sonra, öncelikli olarak yedek akçeler ve varsa kooperatif çalışanları ve ortakları için yardım kuruluşları vücuda getirmek ve bunları işletmek amacı kurulan fonlara ayrılması gereken miktarların ayrılması gerekir (KoopK 40; 41). Bundan sonra hala gelir-gider farkından ortaklara dağıtılması gereken bir miktar kalırsa ortaklara dağıtım yapılması mümkündür^[39].

[34] Tekinalp, *op.cit.*, s.62-63.

[35] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07/04/2009 Tarih ve E.2007/9478, K.2009/4228 Sayılı Kararı.

[36] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03/03/1981 Tarih ve E.1981/287, K.1981/910 Sayılı Kararı.

[37] Tüneri, *op.cit.*, s.235; Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, Vedat, 2017, Cilt II, s.658.

[38] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 28/11/2013 Tarih ve E.2013/6079, K.2013/7543 Sayılı Kararı.

[39] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05/03/2009 Tarih ve E.2007/6547, K.2009/2563 Sayılı Kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20/02/2004 Tarih ve E.2003/6519, K.2004/1530

Ana sözleşme ile, gelir-gider farkından elde edilen olumlu farkın ortaklara dağıtılabileceği öngörülebileceği gibi ortaklık faaliyetleri dışındaki faaliyetlerden elde edilen gelirlerin ortaklar arasında dağıtılabileceği de öngörülebilir (KoopK38/4). Bu öngörülmemişse ortaklık faaliyetleri dışında kalan faaliyetlerden elde edilen gelirin kooperatifin gelişimine tahsis edilmek amacıyla özel bir fona aktarılması gerekir (KoopK 38/4 son cümle).

E) GELİR GİDER FARKI DAĞITIMI İLE SERMAYE PAYLARINA FAİZ ÖDENMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kooperatifler Kanunu'nun 38. maddesinin 3. fıkrası, kooperatif ana sözleşmesi itegir-gider farkının en az yüzde ellisi ortaklara gelir gider farkı olarak dağıtıldıktan sonra ortakların sermaye paylarına, genel kurul kararı ile devlet tahvillerine verilen en yüksek faiz haddini geçmemek üzere faiz ödenebileceğini öngörmektedir^[40]. Kural olarak kooperatifle muamelede bulunan ortaklara gelir gider farklı ödenmesi ile ortakların sermaye paylarına faiz ödemesi arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle iki konunun aynı maddede düzenlenmiş olması dikkat çekmektedir. Kanaatimizce ana sözleşmede öngörülen faiz ödemesinin ön şartı kooperatifle muamelesi olan ortaklara olumlu gelir gider farkının ödenmiş olmasıdır. Faiz ödemesi, ortaklık payı ödemiş bütün ortaklar için söz konusu olduğu halde gelir gider farkı kooperatifle muamelesi olan ortaklar için söz konusudur. Bu niteliği ile kanun, gelir gider farkı ödenmesini, faiz ödemesine göre öne aldığı anlaşılmaktadır. Faize esas olan değer, katılma payının ödenmiş olan kısmıdır. Kooperatiflerde sermaye paylarının yasal alt sınır seviyesinde olduğu hallerde bu ödeme de sembolik olacaktır^[41].

Sayıli Kararı. Olumlu gelir-gider farkının en az yüzde onu kooperatifin yedek akçesi olarak ayrılmadıkça ortaklara dağıtım yapılamaz (KoopK 39/1). Bu hüküm TTK'da yer alan kanuni akçe gibi emredici nitelikte bir hükümdür. Bu nedenle bu şartın ana sözleşme ile ortadan kaldırılması veya oranın düşürülmesi mümkün değildir. Ancak yedek akçe için ayrılacak oranın ana sözleşme ile artırılması mümkündür (Soner Altaş, *Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı*, İstanbul, Vedat, 2010, s.219-220.). Kooperatiflerin üst kuruluşlarında ise bu oranın en az yüzde on beşi olağanüstü yedek akçeye ayrılmadıkça ortaklara dağıtım yapılamayacaktır.

[40] Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *op.cit.*, c.II, s.658.

[41] Karş. Faiz talebi, kolektif şirket ortağının şirketten istemleri arasında (TTK 228) öngörülmüştür. Anonim şirketlerde ise kuruluşta konulan sermaye için hazırlık

SONUÇ

Kooperatif, doğrudan ortaklar için kâr paylaşım amacı gütmeyen ama yardımlaşma ve dayanışma çerçevesinde ortaklarının ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan bir ortaklık modelidir. Kooperatifin bu amacına ulaşabilmesi için ortaklara yönelik birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülüklerden biri de ortakların kooperatiften ortaklık payı almalarıdır. Ortaklar tarafından kooperatife ortaklık payı karşılığında yapılan ödemelerin toplamı kooperatifin sermayesini oluşturmaktadır.

Bir ortaklık payına birden fazla ortağın sahip olup olamayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Her ortağın bir ortaklık payına sahip olabileceğine ilişkin düzenlemeden hareketle bir paya birden fazla ortağın sahip olamayacağı sonucu çıkarmak mümkündür. Bu durum anonim şirketlerde ortaklık payının şirkete karşı bölünmezliği ilkesi ile benzerlik arz etmektedir. Bir paya birden fazla ortağın sahip olması halinde paya ilişkin hakların ne şekilde kullanılacağı sorununun, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kooperatiflere de uygulanması ile çözülmesi mümkündür. Bu halde şayet bir paya birden çok ortak sahipse o halde paya ilişkin hakların kullanılabilmesi için bir temsilci atanması gerekmektedir.

Kooperatiflerin yıllık faaliyetleri sonucu oluşan olumlu gelir gider farkı uygulamada “risturn” kavramı ile ifade edilmektedir. Anasözleşmede aksi öngörülmemişse gelir gider farkının tamamının yedek akçelere eklenmesi gerekmektedir. Gelir-gider farkından ortaklara dağıtım ancak ana sözleşme ile açıkça düzenlenmiş ise mümkündür. Diğer ticaret şirketlerinin aksine, ortağın sermaye payı ile kooperatiften talep edebileceği gelir gider farkı arasında doğrusal bir bağlantı yoktur. Gelir gider farkı, kooperatifle muamelelerde bulunan ortaklara, yaptıkları muamelelere bağlı olarak değişen bir nevi kâr dağıtımıdır. Gelir gider dağıtımında kanunda bu konuda öngörülen kural ve sınırlamalara dikkat edilmesi gerekmektedir.

dönemi faizi olarak (TTK 510) düzenlenmiş ancak TTK 509’da sermaye payı için faiz ödenmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu düzenlemeler de dikkate alındığında, kanaatimizce kooperatiflerde ortaklık payı için faiz ödemesine ilişkin KoopK 38/3 hükmü kooperatiflerin yardımlaşma ve dayanışma şeklinde formüle edilen işlevlerine aykırıdır.

KAYNAKÇA

- Altaş, Soner, *Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı*, İstanbul, Vedat, 2010.
- Aydın, Sema ve Hasan Ali Kaplan, “Yargıtay’ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1 Mayıs 2022, s.193-216.
- Can, Mustafa Erdem, *Şirketler Hukuku Dersler*, Ankara, Yetkin, 2017.
- Çalışkan, Merdan, “Kooperatiflerde ve Diğer Ticaret Şirketlerinde Sermaye Tutarı” *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 6, Sayı 57, Mayıs 2011, s.81-85.
- Çiftçi Kılıçarslan. Mine, *Kooperatiflerde Ortakların Hak ve Yükümlülüklerinin Kapsamı* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Gökhan Şahan) Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 602202).
- Demir, Remziye, *Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Fatih Aydoğan) İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No:596329).
- Deryal, Yahya, *Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları* (Doktora Tezi, Danışman Hamdi Yasaman), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 30594).
- Deryal, Yahya, “Yapı Kooperatiflerinde Payın Devri ve Kura Çekme (Tahsis) İşleminin Devre Etkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, Haziran 2001, s. 81-91.
- Eriş, Gönen. *Açıklamalı- İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2001.
- Göç Gürbüz, Diğdem “Kooperatif Ortaklarının Sorumluluğu” *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2010, s.463-477.
- İmamoğlu, Altuğ, *Yapı Kooperatifleri ve Gayrimenkul İşlemleri*, Ankara, Yazıt, 2007.

- Kaçak, Nazif, *Konut Yapı Kooperatifleri*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2004.
- Mollaoğlu, Yusuf, *Kooperatiflerin Hukuki Niteliği* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Nurşen Ayan), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018. (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 505485).
- Omağ, Merih Kemal, “1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Açısından Kooperatif Teşekküllerinin Hukukî Mahiyet ve Niteliği”, *İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, Sayı 2, 1974, s.193-222.
- Örnek, Özge, *Yargıtay Kararları Işığında Kooperatif Ortaklarının Hakları, Yükümlülükleri ve Sorumlulukları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Emre Kalender), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020. (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 632311)
- Tekinalp, Ünal, *Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortaklık Sifatının Kazanılması ve Yitirilmesi*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Tekinalp, Ünal, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, Vedat, 2017, c.II.
- Tüneri, İlker, *Kooperatifler Uygulaması*, Ankara, Seçkin, 2007.
- Üstün, Yusuf ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, Ankara, Seçkin 2. Baskı, 2017.

Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, drcengiztopelciftcioglu@gmail.com, **ORCID:** 0009-0008-1956-6924.

Makale geliş tarihi: 3 Nisan 2024 **Makale kabul tarihi:** 25 Temmuz 2024

Atıf önerisi: Çiftcioğlu, Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.253-294.

DOI: 10.30915/abd.1464483.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısmının “Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlıklı Beşinci Bölümünde düzenlenen “Kısırlaştırma” suçu, öncelikle, yetkili hekim tarafından yapılan rızasız kısırlaştırma fiiliyle (m.101/1) yetkisiz kişi tarafından rızaya dayalı olarak yapılan kısırlaştırma fiilini (m.101/2) cezalandırmaktadır. Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mâni olmadan izalesi için yapılan bir müdahaleden ibaret olan kısırlaştırma fiili, kişinin bedenine yönelik bu müdahaleye gösterdiği ve kanuni şartları da taşıyan rızasıyla birlikte hukuka uygun bir hale gelir. Bunun dışında, rıza olmaksızın bir kadın veya erkeğin kısırlaştırılması veya rızaya dayalı olsa bile bu fiilin yetkili olmayan bir kişi tarafından yapılması suç teşkil eder. Bu suçla, kişinin üreme yeteneği ile beden bütünlüğü korunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen kısırlaştırma fiilinin, hukuka uygun surette yapılmasının şartları ve yöntemi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirlenmiştir. Zira bu Kanunla, kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları hedeflenmiş olup bu yolla nüfus planlaması yapılması amaçlanmıştır.

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kısırlaştırma suçu ele alınarak, suçun tarihsel gelişimiyle etik ve dini boyutu açıklanıp, suçun kanuni unsurları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Yine bu çalışmada, kısırlaştırma fiiliyle bir kadının veya erkeğin üreme yeteneğinin geri dönüşü olmayacak şekilde tıbbi bir müdahaleyle sona erdirildiği, ancak bu işlem sonunda kişinin cinsel istek ve arzularının devam ettiği, bu fiilin bu yönüyle hadımlaştırmadan ayrıldığı; ancak, hadımlaştırma fiilinin, kısırlaştırmadan farklı olarak, Türk Ceza Kanunu'nda özel bir suç tipi olarak düzenlenmediği; bu nedenle bu fiilin Türk Ceza Kanunu m.87/2'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, özellikle trans bireyler için tartışılmakta olan zorunlu kısırlaştırma fiili ile cinsel suç faillerine uygulanması tartışılmakta olan zorunlu hadımlaştırma fiiline işaret edilerek, bu fiillerin esasen kişilerin bedensel bütünlüğüne yapılan insanlık dışı bir müdahale oluşturduğu ve temel hak ve özgürlüklere aykırı bir nitelik taşıdığı vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kısırlaştırma, hadımlaştırma, yetkili hekim, yetkisiz kişi, rıza.

STERILIZATION CRIME IN TURKISH PENAL CODE

ABSTRACT

The crime of “Sterilization”, which is regulated in the Fifth Chapter titled “Abortion, Miscarriage or Sterilization” of the Second Part titled “Crimes Against Persons” of the Second Book of the Turkish Penal Code No. 5237, is primarily caused by the act of sterilization without consent performed by an authorized physician (art. 101/1) punishes the act of sterilization performed by an unauthorized person based on consent (art. 101/2). The act of sterilization, which consists of an intervention to eliminate a man or woman’s ability to have children without hindering the satisfaction of their sexual needs, becomes lawful with the person’s consent to this intervention on his body, which also meets the legal conditions. Apart from this, it is a crime to sterilize a man or woman without consent, or if this act is performed by an unauthorized person, even if it is based on consent. With this crime, a person’s reproductive ability and physical integrity are protected.

The conditions and method of carrying out the act of sterilization, which is regulated as a crime in the Turkish Penal Code, in accordance with the law, are determined in article 4 of the Law on Population Planning No. 2827. Because with this law, it is aimed for people to have children as many times as they want and whenever they want, and thus population planning is aimed.

In this study, the crime of sterilization regulated in the Turkish Penal Code is discussed, the historical development of the crime, its ethical and religious dimensions are explained, and the legal elements of the crime are emphasized in detail. Again in this study, it is stated that with the act of sterilization, the reproductive ability of a woman or man is irreversibly terminated by a medical intervention, but at the end of this process, the person’s sexual desires and desires continue, and in this respect, this act differs from castration; However, the act of castration, unlike sterilization, is not regulated as a special type of crime in the Turkish Penal Code; for this reason, it has been stated that this act can be evaluated within the scope of the crime of aggravated injury due to its consequences regulated in article 87/2 of the Turkish Penal Code. In addition, by pointing out the act of compulsory sterilization, which is being discussed especially for transgender individuals, and the act of compulsory castration, which is being discussed to be applied to perpetrators of sexual crimes, it is emphasized that these acts essentially constitute an inhuman intervention to the physical integrity of individuals and are contrary to fundamental rights and freedoms.

Keywords: Sterilization, castration, authorized physician, unauthorized person, consent.

GİRİŞ

Kısırlaştırma, bir erkek veya kadının cinsel ihtiyaçlarını tatmine mâni olmaksızın, çocuk yapma kabiliyetinin tıbbi bir müdahale ile ortadan kaldırılmasıdır^[1]. Bir kişinin çocuk yapma kabiliyetini geri dönüşümsüz olarak yok eden ve bu suretle neslin devamına engel olan bu tip ağır bir müdahalenin yapılması, hukuk düzenince, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde hukuka uygun kabul edilip bu müdahaleye izin verilmektedir^[2].

Kısırlaştırma, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (NPHK) 2. maddesinde, nüfus planlaması amacıyla başvurulana, gebeliği önleyici önlemlerden birisidir. Bu Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kısırlaştırma operasyonu, tıbbi sakınca olmayan hallerde, ancak reşit kişinin isteği üzerine yapılabilir^[3]. Bu kişinin evli olması hâlinde, ayrıca eşinin de rızası aranmaktadır (m.6/2). Bu Kanun'un öngördüğü haller dışında kısırlaştırma operasyonu yapılamaz. Bu Kanun'a dayalı olarak çıkarılan, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te^[4] (bundan sonra Tüzük olarak anılmıştır) de kısırlaştırma operasyonunu yapmaya yetkili uzman hekimler, erkek ve kadınlar bakımından ayrı ayrı sayılmıştır^[5].

Türk Ceza Kanunu (TCK) m.101'de kısırlaştırma fiili iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.101/1'de, bir kişinin rızası olmaksızın kısırlaştırılması suçu cezalandırılırken, m.101/2'de de rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi suçu cezalandırılmaktadır^[6].

[1] Hüseyin Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s.60.

[2] Rahime Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı 73, Şubat 2016, s. 94-95.

[3] Alparslan Özaltuğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 199-200, Mart-Nisan 2021, s.821.

[4] 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[5] Büşra Doğan, "Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon", *Suç ve Ceza*, Sayı 13, 2020, s.454.

[6] TCK m.101'de, "(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma

Bu çalışmada, gereksiz tekrarlardan kaçınmak için, her iki suç aynı başlık altında ele alınıp incelenmiştir.

Öte yandan, kısırlaştırmaya benzer bir kavram olmakla birlikte, kısırlaştırmadan çok daha ağır bir sonuç doğuran, kişinin cinsel salgı bezlerine yapılan müdahale ile üreme yeteneğini sona erdiren ve cinsel isteklerini ve dolayısıyla cinsel davranışlarda bulunma yetisini de kısmen ya da tamamen hukuka aykırı olarak ortadan kaldıran hadımlaştırma fiili TCK'da özel bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir^[7]. Bu durumda, bu fiilin failinin, TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan cezalandırılması cihetine gidilmesi mümkündür^[8].

I. SUÇA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER İLE SUÇUN TARİHÇESİ, ETİK VE DİNİ BOYUTU

A) SUÇA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER

1- Kısırlaştırma Kavramı

a) Genel Olarak

Kısırlaştırma ya da sterilizasyon, erkek veya kadının üreme yeteneğinin, ameliyatla ortadan kaldırılması anlamını taşır. Bu kavram, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “arınıklık” olarak ifade edilmiştir^[9].

Kısırlaştırma operasyonu ile üreme kabiliyeti yok edilmekle birlikte cinsel dürtüler bertaraf edilmemektedir. Yani, bu operasyona rağmen kişinin cinsel arzuları ve istekleri devam etmektedir. Kısırlaştırma, çiftler için en yaygın doğum kontrol yöntemlerinden biridir^[10]. Buna göre, aydınlatılmış

yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmüne yer verilmiştir.

[7] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.449.

[8] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2014, s.318.

[9] *Türkçe Sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, 2011, s.150.

[10] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.95.

onam ile rızası alınıp uygun klinik standartlarda yapıldığında, doğurganlığı kalıcı olarak kontrol etme bakımından güvenilir ve etkili bir yoldur^[11]. Bu işlemin iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki cerrahi kısırlaştırma, ikincisi ise kimyasal kısırlaştırmadır^[12].

b) Cerrahi Kısırlaştırma

i. Erkeklerde cerrahi kısırlaştırma (vazektomi)

Cerrahi kısırlaştırma, erkeklerde vazektomi, yani tüplerin bağlanması (kordon bağlama) yoluyla gerçekleştirilmektedir^[13]. Bu yolla, erkeğin sperm kanalı cerrahi müdahale ile kesilerek testislerden idrar kanalına sperm transferi engellenmektedir. Yine, bu operasyonda, sperm kanalları iki ucundan kesilip, kesilen uçlar bağlanmakta ya da elektrikli ısıtıcılar yardımıyla tıkanmaktadır^[14].

ii. Kadında cerrahi kısırlaştırma (tüp ligasyonu)

Kadınlarda cerrahi kısırlaştırma da tüp ligasyonu, yani tüplerin bağlanması (tubal sterilizasyon) adı verilen bir cerrahi müdahale ile yapılmaktadır^[15]. Bu operasyonla tüpler, yani yumurta kanalı bağlanarak bu suretle yumurtanın rahime ulaşması ve sperm hücresinin yumurta hücresiyle birleşmesine mâni olunmaktadır^[16].

[11] Hüseyin Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Mustafa Özen), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 428763), s.19.

[12] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.94-96.

[13] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.20.

[14] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.60.

[15] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.95.

[16] Gerek vazektomi gerekse de tüp ligasyonu işleminin önemli yan etkileri bulunmaktadır. Özellikle, kalp hastalığı, solunum yetmezliği, hipertansiyon, diyabet ve pıhtılaşma bozukluğu bulunan hastalar için bu tür bir kısırlaştırma işlemi ilk seçenek olmamalıdır.

c) Kimyasal Kısırlaştırma

Kimyasal kısırlaştırma, kadınlarda rahim içerisine kimyasal etkili tabletler yerleştirilerek, rahmin ve tüplerin yanma suretiyle tahrip edilmesi yoluyla yapılırken, erkeklerde ise daha çok sperm üretimini durdurmaya yönelik aşılama yöntemi kullanılarak yapılmaktadır. Bu yöntem tarihte bir dönem bazı bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemede tıbbi bir yöntem olarak uygulanmıştır. Ancak, kimyasal kısırlaştırma, işlem sırasında verilen maddelerin yan etkilerinin çokluğu sebebiyle, sıklıkla tercih edilen bir yöntem olmamıştır^[17].

2- Hadımlaştırma (Kastrasyon) Kavramı

a) Genel Olarak

Hadımlaştırma ya da kastrasyon, kısırlaştırma işlemine benzemekle beraber, ondan farklı olarak hadımlaştırmada, cinsel dürtüler de üreme yeteneği ile birlikte yok edilmektedir. Bu kavram, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “eneyerek kısırlaştırma” olarak ifade edilmiştir^[18].

Hadımlaştırma operasyonunda, erkeklerde testisler, kadınlarda da yumurtalıklar alınmakta ve kimyasal madde ve ışınla tahrip edilmektedir. Bu operasyon sonucunda, cinsel hormonlar olan östrojen ve testosteron üretimi sona erdiğinden, kısırlaştırmadan farklı olarak, kişinin cinsel istek ve arzuları da

Yine, kadınlarda tüp ligasyonu işleminde kullanılan anesteziik maddenin anne sütüne geçmesi sebebiyle bebeğin sağlığı da olumsuz etkilenebilmektedir. Bu nedenle, kısırlaştırılacak kişinin yeterince aydınlatılmış olması gerekir (Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.61).

[17] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.21.

[18] Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2011, s.1023.

tamamen yok edilmektedir^[19]. Bu işlemin de iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, cerrahi hadımlaştırma, ikincisi ise kimyasal hadımlaştırmadır^[20].

b) Cerrahi Hadımlaştırma

Cerrahi hadımlaştırma, operasyonel bir işlem olup, genelde ileri aşama prostat kanserinin büyümesine engel olmak amacıyla, testislerin ya da yumurtalıkların bir ameliyat ile alınması yönteminden ibarettir^[21].

c) Kimyasal Hadımlaştırma

Kimyasal hadımlaştırma da bir ameliyat gerektirmeyen, kullanılan bazı ilaçların hormon üretimini durdurması yoluyla uygulanan bir tedavi yöntemi-
dir^[22]. Bu hadımlaştırma türü, kişide, kadınlaşma belirtileri görülmesine yol
açması sebebiyle, kabul görmemekle birlikte, son zamanlarda bu yöntemin
cinsel suç faillerine uygulanması konusu tartışılmaktadır^[23]. Cinsel suçları
önlemek için kastrasyon günümüzde çeşitli ülkelerde uygulanmaktadır^[24].

[19] Ahmet Caner Yenidünya ve Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, Temmuz 2013, s.4-5.

[20] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 86, Sayı 2, Mayıs 2021, s.168-169.

[21] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.5; Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.61.

[22] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *op. cit.*, s.169.

[23] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.7-9; Baran Kızılırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Aralık 2019, s.1037.

[24] Cinsel suç faillerine uygulanması tartışılmakta olan zorunlu hadımlaştırma fiili, ileride ayrıntılı olarak, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Bunlar arasında, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri sayılabilir^[25].

Öte yandan, Danıştay 10. Dairesi, 26.07.2017 tarihli bir kararında, hükümlünün tedavisini öngören 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 108/9 maddesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan "tedavi" ifadesinin net olmaması bakımından bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik'in^[26] 7/1 maddesini, kapsamı belirli olmayan tedavi yöntemini aşar nitelikte olduğunu tespit edip, Anayasa'nın 17. maddesine atıf yaparak, vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğini belirtmiş ve yürütmeyi durdurma kararı vermiştir^[27]. Yüksek Mahkeme, nihai kararında da Yönetmelik'in 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir" ibaresinin, Kanunda idareye "tedavi" amaçlı yönetmelik çıkarma konusunda verilen yetkiyi aşar nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, bu kısma ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle m.7/1'de yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin iptaline hükmetmiştir^[28]. Dolayısıyla, anılan zorunlu kastrasyon fiilinin^[29] bu anlamda ülkemizde kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır^[30].

[25] Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", s.1046-1048.

[26] 26.07.2016 tarihli ve 29782 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[27] Danıştay 10. Daire, 26.07.2017, E.2016/12975 (ttb.org.tr, ET. 26.02.2024).

[28] Danıştay 10. Daire, 17.09.2020, E.2016/12975, K.2020/3048 (lexpera.com.tr, ET. 26.02.2024).

[29] Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", *op. cit.*, s.1048.

[30] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 24.04.2019 tarihli ve E.2018/7549, K.2019/9302 sayılı kararında, sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen hükmün temyiz incelemesinde, kararın bu yönüyle onanmasına hükmettiği, ancak aynı kararda, bu hükmeye muhalif üyenin yazdığı karşı oy yazısında, (...) Basit cinsel saldırı (TCK'nun 102/1. f) suçundan verilen süreli hapis cezalarının infazında hükümlü, özel tehlikeli suçlu sayılmamaktadır. Buna karşılık 5275 sayılı Kanunun 108/9. fıkrasına yapılan ekleme ile organ veya

Öğretide de cerrahi kastrasyonun, geri dönülmez bir şekilde tıbbi bir müdahaleyi gerektirdiği için bir suç karşılığında ceza yahut güvenlik tedbiri olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir^[31]. Cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışılan cerrahi kastrasyon, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında korunan, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[32]. Bu nedenle, cerrahi kastrasyonun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak kaydıyla, kimyasal kastrasyon uygulanabilir^[33].

cisim sokarak nitelikli cinsel saldırı (TCK'nun 102/2. f) suçuna teşebbüsten verilen cezaların infazında hükümlü, özel tehlikeli suçlu muamelesi görmektedir. Bu nedenle süreli hapis cezasında şartla tahliye indirimi, 2/3 yerine 3/4 oranından yapılmakta ve hükümlüler daha uzun süreyi cezaevinde geçirmektedirler. İşlediği fiil organ veya cisim sokarak nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs niteliğinde kabul edilen hükümlülerin özel tehlikeli suçlu sayılmasının bir diğer sonucu da süreli hapis cezasının infazından sonra kimyasal kastrasyona tabi tutulmalarıdır. Tedaviye tabi tutarak kısırlaştırma, mahkûmiyet hükmünün infazından sonra uygulanan ek bir cezadır. Fiilen organ veya cisim sokmayan cinsel suç hükümlüsünün infaz sonrasında kısırlaştırma tedavisine tabi tutulması, kanun koyucunun bilinçli olarak arzu ettiği bir sonuç değildir. TCK'nun 102/2. fıkrasının uygulamada ayrı bir suç gibi işlem görmesi ve teşebbüsün mümkün kılınmasının tabi bir sonucu olarak istenmeyen ve öngörülemeyen aleyhe neticeler meydana gelmektedir. (...), düşüncesine yer verdiği; ancak, 5275 sayılı CGTİHK'da açıkça böyle bir ifadenin bulunmadığı, bu duruma ilişkin ayrıntının Yönetmelik'in 7. maddesinde bulunduğu, bu Yönetmelik hakkında ise Danıştay 10. Dairesince önce yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, daha sonra da 17.09.2017 tarihli bir kararla Yönetmelik'in iptal edildiği anlaşılmaktadır (lexpera.com.tr, ET. 26.02.2024).

- [31] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *op. cit.*, s.171-172.
- [32] Durmuş Tezcan *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2024, s. 470-472; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022, s.118-121; Cengiz Topel Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, Kasım-Aralık 2012, s.142-144.
- [33] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.12-13.

B) SUÇUN TARİHÇESİ İLE ETİK VE DİNİ BOYUTU

1- Suçun Tarihçesi

Kısırlaştırma fiilleri, bir cerrahi operasyonla yapılabildiğinden, bu fiiller, tarihi seyir içinde, 19. yüzyıldan sonra görülmeye başlanmıştır. Bu konuda, öncelikle, 19 ve 20. yüzyıldaki devlet politikalarının incelenmesi gerekir. Kısırlaştırma işlemi, ilk olarak Amerika'da sistematik olarak devlet eliyle uygulanmıştır^[34]. Buna göre, İndiana Eyaletinde 1907 yılında kabul edilen Kısırlaştırma Kanunu'yla, kişilerin, rızaları olmaksızın kısırlaştırmalarının yolu açılmıştır. Bu Kanun'la, Soy Geliştirme Programına uygun olarak, fakir, cahil, alkolik, evsiz kişilerin ve akıl hastalarının kısırlaştırılmaları hedeflenmiş, bu yolla bir gen havuzu oluşturulup mükemmel bir nesil yetiştirmek amaçlanmıştır. Bu uygulama giderek tüm Amerika'ya yayılmış, bu program en son 1977 yılında Virginia Eyaletinde uygulanarak son bulmuştur. ABD'nin bu uygulaması Avrupa'da da etkisini göstermiştir^[35]. İlk olarak, 1928 yılında İsviçre'de ilk Kısırlaştırma Kanunu kabul edilmiştir. Bunu, sırasıyla, 1929 yılında Danimarka, 1933 yılında Almanya, 1934 yılında Norveç ve 1936 yılında Estonya izlemiştir^[36].

Nazi Almanya'sında 14.07.1933 tarihinde yürürlüğe giren Nazi Kısırlaştırma Kanunu'yla ABD'de yapılan uygulama bir adım öteye taşınarak kitleler halinde kadın ve erkekler zorla kısırlaştırılmıştır^[37]. Kusursuz insan projesi adına kendi ırkı dışındakilere insan hakkı ihlalleri yapılmak suretiyle Nazi Almanya'sında 1933-1939 yılları arasında bu fiile yaygın olarak başvurulmuştur^[38].

[34] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.27.

[35] *Ibid.*, s.30-31.

[36] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.843.

[37] Doğan, "Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon", *op. cit.*, s.453-454.

[38] Salih Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 349377), s.71-72; Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.96.

Günümüzde, İngiltere'de “kısırlaştırma suçu” adı altında bir suç bulunmamakla beraber, uygulamada, cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara, mağdurun talebi üzerine hadımlaştırma (kastasyon) işlemi yapılmaktadır^[39].

Alman Ceza Kanunu'nda da kısırlaştırma suçu adı altında bir suç bulunmamakla beraber, ağır yaralama başlıklı 226. maddesinde, kişinin doğurganlığını kaybetmesine neden olan yaralama fiilleri on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır^[40].

Kısırlaştırma fiili, Türk Ceza Kanunu'na ilk kez, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan etkilenen^[41] 765 sayılı TCK döneminde, 11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun ile girmiştir^[42]. Buna göre, 765 sayılı TCK m.471'de kısırlaştırma fiilleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle korunmak istenen, milletin tümlüğü ve çoğalma gücüdür. Bu suretle, nüfusun korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, burada, iç ve dış güvenlik de korunmak istenmiştir; zira nüfusta yaşanan azalma, sadece çoğalma veya sağlıklı biçimde çoğalma endişesi anlamına gelmeyip aynı zamanda askeri ve siyasi güçsüzlük anlamına da geliyordu^[43].

[39] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.34-35.

[40] Mahmut Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı 67, Aralık 2009, s.44-45.

[41] İtalya'da 1889 tarihli Ceza Kanunu 1930 yılında hazırlanan yeni bir Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Faşist bir anlayışın ürünü olarak nitelendirilen bu Kanun ile çocuk düşürme, düşürtme ve kısırlaştırma gibi yeni suçlar ihdas edilmiş veya mevcut suçların kapsamı genişletilmiştir. Bu kapsamda, kısırlaştırma suçu da İtalyan Ceza Kanunu'nun 10. bölümünde 552. ve 553. maddelerinde düzenlenmiştir (Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.98).

[42] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.62.

[43] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.100.

Daha sonra 765 sayılı TCK ve dolayısıyla m.471, 5237 sayılı TCK'nın kabulüyle birlikte yürürlükten kaldırılmış, yeni TCK da kısırlaştırma fiillerini 101. maddesinde^[44], eski TCK'dakine benzer bir şekilde düzenlemiştir^[45].

2- Suçun Etik ve Dini Boyutu

Suçun etik boyutunu değerlendirmeden önce etik kavramına değinmekte fayda bulunmaktadır. Etik (ahlak felsefesi), Yunanca “kişilik, karakter” anlamına gelen “ethos” sözcüğünden gelir ve teorik ahlak olarak da bilinir^[46]. Bu nedenle, etik, insan davranışlarını soyut olarak inceleyen düşünsel bir faaliyettir. Bu yönüyle insan davranışlarını belirleyen toplumsal ve somut kurallar bütününden ibaret olan ahlak kavramından ayrılır^[47].

Kişilerin, kendi bedenlerine yönelik tıbbi müdahalelerde gösterdikleri rıza, kanuni düzenlemelerdeki şartları taşımak koşuluyla, fiili hukuka uygun kılar^[48]. Bununla birlikte, kişilerin rıza göstermek suretiyle dahi üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmadığı alanlarla ilgili kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır^[49]. Kısırlaştırma fiili, kişinin kendi bedeni ve üreme

[44] TCK m.101'in gerekçesi, “Madde, kişiler üzerinde rızaları olmadan kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştiren kimsenin ne suretle cezalandırılacağını göstermektedir. İkinci fıkrada, rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştirme hususunda meslek ve uzmanlık olarak yetkisi olmayan kimsenin fiili icra etmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Kısırlaştırma ameliyesinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması hâlinde, failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur.” şeklindedir.

[45] Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), 2013, s.189.

[46] Polat Tunçer, “Medikal Etik ve Türk Ceza Kanunu”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 58, Kasım 2017, s.203-204.

[47] *Ibid.*, s.204.

[48] Candan Yılmaz, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100), (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535010), s.65-67.

[49] Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *op. cit.*, s.140.

yeteneği üzerinde meydana getirdiği etkiler bakımından önemli ve geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurmaktadır^[50].

Üreme hakkı, kişinin kendi geleceğini tayin hakkının bir uzantısını oluşturur. Buna göre, bir kişi, aile kurma ve neslini devam ettirme konusunda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka sahip olup bu hakkı kullanıp kullanmamayı tercih etmek serbestisi bulunmaktadır^[51]. Bu serbesti, kişiye, bu hakkını kullanarak aktif biçimde üremeyi tercih etme imkanını verdiği gibi ürememeyi tercih etme imkanını da vermektedir. Kişinin ürememeyi tercih etmesi aynı zamanda hukukun öngördüğü şartların da varlığı halinde üreme yeteneğini kaybetme imkanını mümkün kılmaktadır. Tarih boyunca yaşanan deneyimler sonucunda, kısırlaştırma fiilinin, insan hakları ihlallerine yol açmadan ve kişinin rızasına dayalı olarak, uygun klinik ortamlarda yapılması etik bir sorun oluşturmamaktadır^[52].

Öte yandan, 15. yüzyıldan sonra, Tanrı ve din merkezli etik anlayışından kaymalar görülmeye başlanmış olmakla birlikte, din ve etik arasında bir ilişkinin bulunduğu görüşü, genellikle ifade edilegelmiştir^[53]. Bu bakımdan, dinlerin kısırlaştırma fiiline nasıl yaklaştıklarını ortaya koymak gerekmektedir. Buna göre, dinler, esasen, neslin devamını sağlayarak nesli korumayı amaçladığından, kısırlaştırma fiiline sıcak bakmamaktadır. Yahudilikte daha çok nüfusun artmasının övüldüğü ve bunun bir kuvvet kaynağı olarak kabul edildiği görülmektedir^[54]. Hıristiyanlıkta, Protestanlık Kilisesi doğum kontrolüne, dolayısıyla kısırlaştırma fiiline; Katolik Kilisesinden daha önce ve kolaylıkla izin vermiştir^[55]. İslamiyet dini de kuvvetli çokluk istemekte

[50] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.60.

[51] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s.470-471; Yılmaz, “Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)”, *op. cit.*, s.65.

[52] Gürkan Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İstanbul, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını, 1. Baskı, 2013, s.15-18.

[53] Jonathan Berg, “Etik Dine Nasıl Dayandırılabilir?” (Çev. Muhammet İrgat), Marife Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Yaz 2015, s.219-220.

[54] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.33.

[55] *Ibid.*, s.34-35.

ve bu gücü korumayı teşvik etmektedir. Bu nedenle, insanı kısırlaştırmayı haram kabul ederek yasaklamıştır^[56].

II. ULUSLARARASI HUKUKTA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

A) ULUSLARARASI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

Kısırlaştırma fiili, siyasi güçlerin kendi çıkarları doğrultusunda veya başka grupların aleyhine olacak şekilde nüfusun azalmasını ya da çoğalmasını sağlamak veya nüfusun istenilen kriterlere sahip olmasını temin etmek amacıyla kullanılmaktadır^[57]. Nüfus politikaları bakımından kısırlaştırma konusunda; iktidar olan halk söylemi, Malthusçu söylem ve öjenist söylem olmak üzere üç yaklaşım bulunmaktadır^[58]. Bunlardan, iktidar olan halk söylemi, milletin devamlılığını sağlamak amacıyla nüfusun sürekli olarak büyümesi gerektiğini savunur. Malthusçu söylem, dünyanın sınırlı kaynaklara sahip olması sebebiyle nüfusun azalması gerektiğini savunur^[59]. Öjenist söylem ise nüfusun az ya da çok olmasının önemli olmadığını, nüfusun kalitesinin önemli olduğunu savunur. Dolayısıyla, bu yaklaşımlardan, iktidar olan halk söylemi doğum oranlarının artmasını sağlamak üzere kısırlaştırma faaliyetlerinin yasaklanmasını; Malthusçu söylem kısırlaştırma faaliyetlerine kısmen veya tamamen izin verilmesini, öjenist söylem ise zeka seviyesi düşük olanlar, engelliler ve değersiz hayatlar için zorunlu kısırlaştırma yapılmasını gerekli görmektedir^[60].

Bütün bu yaklaşımların ötesinde, uluslararası hukukta, kişinin isteği dışında, zorla gerçekleştirilen kısırlaştırma faaliyetlerinin önlenmesi

[56] Ahmed B. Fehd B. Humeyyin El-Fehd, "Gebeliği Kalıcı Olarak Engellemenin Fikhî Yönüne Dair Bir İnceleme" (Çev. Mehmet Ali Yargı), *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 11, Aralık 2017, s.170.

[57] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.22 vd.

[58] Berna Aysen Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s.62-63.

[59] *Ibid.*, s.63.

[60] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.18.

bakımından, kısırlaştırma suçuyla ilgili hükümlere yer veren düzenlemeler yapılmaktadır^[61].

Evvla, zorla kısırlaştırmanın, 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) üçüncü maddesinde yer alan işkence yasağı içinde düzenlenen insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmesi imkanı bulunmaktadır^[62].

Yine, 28.07.1951 tarihinde Cenevre'de imzalanıp 22.04.1954 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümlerine göre zorla kısırlaştırma uygulamalarının zulüm sayılacağı ve zorunlu kısırlaştırmaya maruz bırakılan kadınlara mülteci statüsü verileceği belirtilmektedir^[63].

Ayrıca, 17.07.1998 tarihinde Roma'da kabul edilen ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu antlaşması olan Roma Statüsü'nün "İnsanlığa Karşı Suçlar" başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendidir. Burada, zorla kısırlaştırma uluslararası hukukta kabul edilemeyecek bir fiil olarak ifade edilip, suç olarak düzenlenmiştir^[64]. Bu düzenlemeye göre kısırlaştırma, failin bir gruba yönelik olarak zorla gerçekleştirildiği, üreme yeteneğini sona erdirmeyi amaçlayan fiillerden oluşmaktadır. Bu fiillerin sivil bir topluluğa yönelik sistematik ve yaygın bir nitelik arz etmesi gerekmektedir^[65].

Nihayet, 11.05.2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve kısaca İstanbul Sözleşmesi adıyla bilinen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 39. maddesinde, tıbbi müdahale öncesi, müdahalenin kapsamını tam olarak anlamaya elverişli bilgilerin

[61] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2013, s.293 vd.

[62] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op.cit.*, s.168 vd.

[63] Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *op. cit.*, s.62.

[64] Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, *op. cit.* s.600-601.

[65] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2022, s.317-318; Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s.225 vd.

aktarılmasını ve anlaşılmasını müteakiben verilmiş bir rızası olmadan kadının doğal üretim kapasitesini sona erdirmeye amacı ve etkisi taşıyan kısırlaştırma operasyonunun suç sayılması ve cezalandırılması bakımından taraf devletlerin icap eden önlemleri alması gerektiğine işaret edilmiştir.^[66]

B) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

1- Anglo Sakson Hukuku

Amerika Birleşik Devletlerinde kastrasyona ilişkin olarak da çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bazıları taslak halinde reddedilmiştir. Ancak bazıları da kabul edilip yürürlüğe girmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinin dokuz eyaletinde cinsel suç faillerine yönelik kastrasyon uygulaması kanuni olarak uygulanmaktadır. Bu eyaletler Florida, Kaliforniya, Georgia, Wisconsin, Oregon, Montana, Teksas, Louisiana ve Iowa'dır.^[67]

Aynı şekilde, İngiliz Hukuk Sisteminde, kısırlaştırma suçu adı altında bir suç tanımı bulunmamakla birlikte uygulamada cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara mağdurun talebi üzerine kastrasyon uygulaması yapılmaktadır.^[68]

2- Kıta Avrupası Hukuku

Kısırlaştırma suçu, Kıta Avrupası Hukuk sisteminde ağırlıklı olarak ceza kanunlarında yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda, kısırlaştırma suçu adı altında özel bir suç tanımı bulunmamakla birlikte ağır yaralama başlıklı 226. maddesinde kişinin doğurganlığını kaybetmesine sebep olan yaralama fiilleri on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.^[69] Dolayısıyla kişinin rızası olmaksızın üreme yeteneğinin kaybetmesine sebep olan bu fiiller ağır yaralama suçunun bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.^[70]

[66] Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *op. cit.*, s.62.

[67] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.33.

[68] *Ibid.*, s.35.

[69] Mahmut Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)", *op. cit.*, s.44.

[70] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.37.

Fransız Ceza Hukukunda ise 04.07.2001 tarihli ve 588 sayılı Kanun'la kişilerin rızalarına dayalı olarak kısırlaştırılması fiili düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre kısırlaştırma, kişinin başvurusundan itibaren dört aylık bir bekleme süresine tabidir. Bu sürenin sonunda da kişi kısırlaşmak isterse, yetkili doktor tarafından kısırlaştırılması mümkündür^[71].

III. SUÇUN UNSURLARI

A) GENEL OLARAK

TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasında, bir erkeği veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran yetkili hekim; ikinci fıkrasında ise rızaya dayalı olsa bile kısırlaştırma fiilini gerçekleştiren yetkili olmayan kişi cezalandırılmaktadır^[72]. Kısırlaştırma fiili, NPHK m.4/1'de "bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan ortadan kaldırılması için yapılan tıbbi müdahale" olarak tanımlanmıştır. Öğretilerde ise bu kavram, kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahale olarak tanımlanmaktadır^[73].

2827 sayılı NPHK'da, kısırlaştırma, nüfus planlaması amacıyla başvuru ve gebeliği önleyici bir önlem olarak öngörülmüştür. Ayrıca, bu fiil, kişinin isteği ile tıbbi açıdan bir sakınca bulunmaması şartlarına bağlanmıştır^[74].

B) SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunmaktadır. Bu nedenle, kanunda belirtilen haller dışında ve tıbbi bir zorunluluk olmaksızın, kişilerin beden bütünlüğüne dokunulamaz; kişilerin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi

[71] *Ibid.*, s.40.

[72] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.316.

[73] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.64-65.

[74] Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *op. cit.*, s. 169; Özalp, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.822-823.

deneylere tabi tutulamaz^[75]. Aksi yönde bir davranış, kişilerin sağlık hakkı kapsamında korunan yaşama hakkı ve beden bütünlüğü ile kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale oluşturur^[76]. Bu bakımdan, kısırlaştırma suçuyla korunan hukuki yararın öncelikle beden bütünlüğü olduğu söylenebilir^[77]. Ayrıca, bu suçla, kişilerin üreme yeteneği de korunmaktadır^[78].

Öğretide bir görüş, bu suçla korunan hukuki yararın, kasten ve taksirle yaralama suçları ile de korunduğunu, bu nedenle, bu suçun bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin gereksiz olduğunu ileri sürmektedir^[79]. Bu görüş taraftarları, kişinin rızası dışında kısırlaştırma amacıyla gerçekleşen müdahalenin, kasten yaralama suçu bakımından, sağlığın bozulması çerçevesinde ele alınacağına, yapılan bu müdahaleyle çocuk yapma yeteneğinin de ortadan kalkması sebebiyle bu fiili TCK m.87/2-c kapsamında cezalandırmanın mümkün olduğuna ve bu fiilin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek bulunmadığına işaret etmektedir^[80].

Buna karşın, öğretide, diğer bir görüş ise kısırlaştırma fiilinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesinin, NPHK ve Tüzük'ün belirlediği şartlara aykırı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma fiilini cezalandırma amacını taşıdığını ileri sürmektedir. Bu görüş taraftarları, Kanun Koyucunun kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi verdiği kişilerin cezalandırılabilirlik şartını diğer kişilerden ayırmak için 101. maddeyi ihdas ettiğini ve bu suretle kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi olan ve olmayan hekimlerin kısırlaştırma fiilini (TCK.m.101), hekim olmayan kişilerin kısırlaştırma sonucuna yol

[75] Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *op. cit.*, s.138-139.

[76] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s.97-100.

[77] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.106.

[78] Keskin Kiziroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.187; Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.823.

[79] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[80] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.457.

açan fiillerinden (TCK m.87/2-c) hem şartları hem de ceza bakımından ayırdığını beyan etmektedir^[81].

Kanımızca, bu görüşlerden ilki daha isabetlidir; zira bu suçla korunan hukuki yarar, TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu kapsamında korunmaktadır. Dolayısıyla, bu fiilin ayrı bir suç olarak düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim, birçok ülkede, kısırlaştırma bağımsız bir suç olarak düzenlenmemekte ve kişinin rızası dışında kısırlaştırma işlemine tabi tutulması, kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılmaktadır^[82]. Bu ülkelerde kısırlaştırmaya gösterilen rızanın, bu fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği tartışılmıştır. Söz gelimi, Alman Ceza Kanunu'nda kısırlaştırma suçunun ayrıca düzenlenmemiş olması ve fiilin kasten yaralama kapsamında ele alınması sebebiyle, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen ve Alman öğretisi tarafından da kabul gören içtihadı göre kısırlaştırma fiili, kişinin rızasının yanı sıra, tıbbi, genetik ya da sosyal bir endikasyonun (gereklilik) bulunması durumunda hukuka ve ahlaka uygun bulunmaktadır^[83].

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM), bir kimse- nin aile kurma ve neslini devam ettirme konusunda kendi geleceğini tayin hakkının bir uzantısını oluşturan üreme/ürememe hakkı, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir^[84].

[81] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.44.

[82] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[83] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.51.

[84] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisince, 26.06.2013 tarihinde kabul edilen, Zorunlu Kısırlaştırma ve Kastrasyon Uygulamalarına Son Verilmesi Hakkında 1945 Numaralı Karar hükümleri uyarınca, hükümlüler de dahil olmak üzere, kişinin rızasına aykırı olarak yapılan kısırlaştırmaların, esasen trans cinsiyetteki bireyleri, Roman bireyleri ve cinsel suçlardan hüküm giymiş kimseleri hedef aldığı tespiti yapılarak konseye üye ülkelere bu yönde düzenleme içeren kanunlarını değiştirmeleri çağrısı yapılmıştır. Kararda, rıza dışı ve zorunlu kısırlaştırmanın 21. yüzyılda hiçbir surette hukuki yararının bulunmadığı ve dolayısıyla durdurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karar, ayrıca, AİHM tarafından Garçon ve Nicot / Fransa davasında, ilgili uluslararası hukuk belgeleri arasında kabul edilmiştir (AİHM web sitesi, "A.P., Garçon and Nicot v. France", hudoc.echr.coe.int, ET. 26.02.2024).

Kişinin, üreme yeteneğinin sürekli olarak sona ermesiyle ilgili Anayasa Mahkemesinin (AYM) de 29.11.2017 tarihli bir kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bu kararda, “Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 40. maddesine dayanarak cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmek üzere mahkemeye başvuranların üreme yeteneklerinin sürekli olarak sona ermiş olmasını arayan hükmünü Anayasa’nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bularak bu yöndeki zorlamanın^[85] Kanun’un ulaşmak istediği amaç karşısında kişinin bedensel ve ruhsal olarak altına sokulduğu gereksiz yükün ölçüsüz olduğuna” karar vermiş ve söz konusu hükmü iptal etmiştir^[86].

C) SUÇUN MADDİ UNSURU

1- Suçun Hukuki Konusu

Kısırlaştırma suçunda, her iki fıkra yönünden de suçun konusunu kısırlaştırılan kadın veya erkeğin üreme organları ve üreme yeteneği oluşturmaktadır. Bu suçun mağduru, üreme yeteneği ortadan kaldırılan erkek veya kadın olduğundan, bu suç tipi bakımından suçun konusunun ve mağdurunun birleştiği söylenebilir^[87].

Burada, müstakbel üreme yeteneğinin suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. Ancak, müstakbel üreme yeteneğinin bu suçun konusunu oluşturmaya devam ettiğini kabul etmek daha isabetlidir. Zira, suçun işlendiği sırada aktif üreme yeteneği olmasa da sağlıklı gelişim gösteren her çocuk, ileride aktif olarak üreme yeteneğine sahip olacaktır. Bu bakımdan kısırlaştırma fiili, çocuğun bu olağan gelişimini engelleyerek onu üremekten ve neslini devam ettirmekten alıkoyacaktır^[88].

Öte yandan, üreme yeteneği gelişmemiş, üreme organları bulunmayan ve menopoz ya da andropoz gibi sebeplerle üreme yeteneğini sürekli olarak

[85] TMK m.40’ta düzenlenen “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” koşuluyla öngörülmüş olan zorunlu kısırlaştırma fiili ve bu konuya ilişkin AYM ve AİHM kararları ileride ayrıntılı olarak, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

[86] Anayasa Mahkemesi, 29.11.2017 Tarihli ve E.2017/130, K.2017/165 sayılı Kararı, RG.20.03.2018-30366.

[87] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.64.

[88] Özalp, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.824.

kaybeden kişiler, bu suçun konusu olamazlar, dolayısıyla bu kişilere karşı gerçekleştirilen kısırlaştırma fiili işlenemez suç olarak kabul edilir^[89]. Ancak, bu durumda, diğer şartları varsa, kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları oluşabilecektir^[90].

2- Fail–Mağdur

TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasında suçun basit şeklinin ancak kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili bir kimse tarafından işlenebilmesi mümkündür. Zira, aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde fiilin, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir^[91]. Maddede, birinci fıkradaki suçun basit şeklinin herkes tarafından işlenebileceği yönünde bir ifade kullanılmışsa da suçun basit ve nitelikli şeklinin ayrımında failin niteliğinin esas alınması sebebiyle bu suçun basit şeklinin faili, ancak kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili kişiler olabilir. Bu nedenle, suçun basit şeklinin fail bakımından özgü suç niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir^[92].

Bu arada, kimlerin kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olduğu konusunu Tüzük'ün 10. maddesinde kadın ve erkekler bakımından ayrı ayrı belirlediğini vurgulamak icap eder. Buna göre, kadınların kısırlaştırma operasyonu, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ya da genel cerrahi uzmanı olan hekimlerce; erkeklerin ise üroloji ya da kadın hastalıkları ve genel cerrahi uzmanlarıyla ya da bu konuda Sağlık Bakanlığınca açılan Eğitim Merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılabilir. Sayılan uzmanlık alanına sahip olmayan hekimlerle, yeterlik belgesi almış olmayan

[89] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2012, s.441; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2013, s.405.

[90] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[91] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.824.

[92] Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *op. cit.*, s.189; Doğan, "Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon", *op. cit.*, s.460-461.

pratisyen hekimler, kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi olmayan kişiler kapsamında bulunmaktadır^[93].

Öğretide bir görüş, TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasındaki nitelikli hal ile ikinci fıkrasındaki suçun failinin ancak kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan hekimler olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, burada sayılan kişiler tarafından yapılan kısırlaştırma fiiline mağdurun rızası varsa 101. maddenin ikinci fıkrasındaki suç oluşur. Bu nedenle, 101. maddedeki suçun basit şeklinin faili, gerek kısırlaştırma işleminin niteliği ve gerekse de NPHK ve Tüzük hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, ancak hekim olan kişiler olabilir. Dolayısıyla, kısırlaştırma suçu faili bakımdan bir özgü suçtur^[94]. Bu bakımdan, hekim, kısırlaştırma operasyonu yapmaya yetkili bir kişi ise suçun basit şeklinin; buna karşın, uzmanlık alanı itibarıyla yetkili bir hekim değilse nitelikli şeklinin ve maddenin ikinci fıkrasındaki suçun faili olabilir. Hekim olmayan kişilerin tıbbi müdahalede bulunma ve kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi bulunmadığından bu kişilerin kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirdikleri fiiller kasten yaralama suçu (TCK m.86) kapsamında değerlendirilebilir^[95]. Ancak, hekim olmayan bu kişiler, kısırlaştırma sonucunu gerçekleştirmiş iseler, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu olurlar^[96] (TCK m.87/2-c).

Buna karşın öğretilerdeki diğer bir görüş ise bu suçun failinin herhangi bir kimse olabileceğini, ancak fiilin yetkili olmayan kişi tarafından işlenmesinin cezayı ağırlaştıracağını ileri sürmektedir^[97].

Kanımızca, bu görüşlerden ilki daha isabetlidir; zira ikinci görüş, TCK m.101/1'de düzenlenen suçun basit şekli ve nitelikli hali ile m.101/2'de düzenlenen suç arasındaki ayrımı izahta yetersiz kalmaktadır.

[93] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s.312.

[94] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.46.

[95] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.824.

[96] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.44.

[97] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

Fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmesine imkân bulunmadığı için bir kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği kısırlaştırma fiilleri cezalandırılmaz^[98].

Bu fiilin mağduru, kadın ya da erkek olmasına bakılmaksızın, fiilin işlendiği sırada üreme yeteneğine sahip bir insan olabilir. Bu yeteneğe sahip bulunmayan bir kadın veya erkek üzerinde bu suç işlenemez^[99]. Böyle bir kişiye yönelik kısırlaştırma fiili işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) oluşturur^[100] ve bu durumda diğer şartları varsa kasten yaralama suçu oluşabilir^[101].

3- Fiil

Kısırlaştırma suçunda, suç oluşturan fiil, kısırlaştırma sonucuna yol açan herhangi bir harekettir. Bu bakımdan bu suç, serbest hareketli bir netice suçudur^[102]. Bu nedenle, suçun tamamlanmış sayılabilmesi için bu fiil sebebiyle üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması gerekir^[103]. Bu nedenle

[98] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.140.

[99] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.461-462.

[100] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.441; Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.405; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, *op. cit.*, s.306-307.

[101] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.824.

[102] Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 121; Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.141.

[103] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 22.05.2014 tarihli ve E.2014/2748, K.2014/6813 sayılı kararında, sanıkların aşamalarda savunmaları ve tüm dosya içeriği karşısında, mağdurenin olay tarihindeki tedavisine ilişkin tüm tedavi evrakı da temin edilip dava dosyasına eklendikten sonra, mağdurenin dosya ile birlikte adli tıp kurumuna sevki sağlanarak, doktor olan sanık (H) tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle mağdurenin çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıklarının hukuki durumlarının tayin ve takdirinin

de bu suç bir zarar suçudur^[104]. Yapılan tedavi ile kişinin yeniden üreme yeteneğine kavuştuğu durumlarda bu suç oluşmaz, ancak üreme yeteneğinin yeniden kazanılabilmesi için ameliyat olmak gerekiyorsa, yani, ameliyatla üreme yeteneğinin geri kazanılması ihtimali varsa, bu durum suçu ortadan kaldırmaz. Kısırlaştırma kastıyla icra hareketlerine başlayan failin, bu neticeyi gerçekleştirememesi durumunda, failin bu suça teşebbüs sebebiyle cezalandırılması gündeme gelir^[105].

NPHK m.4/1'de tanımlanan kısırlaştırma fiili öğretide de aynı şekilde, “kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahale” olarak tanımlanmıştır^[106]. Tüzük'te de kısırlaştırma işleminin kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde ise vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının bağlanması) ifade ettiğine işaret edilmiştir (Tüzük m.2/b-c). Kısırlaştırmanın hadımlaştırmadan farkı, kişinin cinsel arzu ve faaliyet yeteneğine son vermemesidir. Aksi takdirde, fiil, kısırlaştırma suçunu değil, ayrı bir hadımlaştırma suç tipi de bulunmadığından kasten yaralama suçunu oluşturur. NPHK m.4/3, bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk sebebiyle bir hastalığın tedavisi için hadımlaştırmayı gerektiren hallerde kişinin rızasına

gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmasının Kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (uyap.gov.tr).

[104] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.49.

[105] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.318.

[106] Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 04.04.2027 tarihli ve E.2015/10129, K.2017/1263 sayılı kararında, (A) doğumevinde kadın doğum uzmanı doktor olarak görev yapan sanığın, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine aykırı hareket ederek, sezaryen yöntemiyle doğumunu gerçekleştirdiği katılan (S) ve eşinin onayını almadan katılanın tüplerini bağlamak (tüp ligasyonu) suretiyle kısırlaştırarak görevini ihmal ettiği iddia edilen olayda, sanık tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle katılanın çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırma ve yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulmasının Kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (uyap.gov.tr).

bakılmaksızın hadımlaştırma ameliyatı yapılabileceğini öngörmektedir. Hadımlaştırma durumunda kişinin zorunlu olarak kısırlaştırılması da söz konusu olduğundan NPHK m.4/3 dışında gerçekleştirilen bir hadımlaştırma fiilini TCK m.101 ve TCK.m.87/2 çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Bu durumda, bir fikri içtima halinin bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir^[107].

TCK m.101'de kısırlaştırmanın erkek ya da kadının rızası dışında gerçekleştirilmiş olması şartı aranırken NPHK m.6/2 ve Tüzük m.13/2'de evli kimselerin aynı zamanda eşinin de rızasının alınması gerektiğinden söz edilmektedir. Ancak, TCK m.101, evli olan kişiler bakımından aynı zamanda diğer eşin de rızasının alınması zorunluluğundan bahsetmemektedir^[108]. Burada, TCK, ilgilinin rızası olmaksızın kısırlaştırma yapılamayacağı hükümünü öngörmektedir. Ancak, ilgilinin rızasının geçerli sayılabilmesi için Hasta Hakları Yönetmeliği ve Biyotıp Sözleşmesinde öngörülen şartlara uyulması; özellikle Yönetmelik m.22/1 uyarınca müdahalenin sonuçları hakkında mağdurun aydınlatılması ve bu suretle mağdurun aydınlatılmış onamıyla kısırlaştırmaya ilişkin rızasının alınması gereklidir^[109].

NPHK m.4/2 ve Tüzük'ün 10. maddesine göre, kısırlaştırma operasyonu, tıbbi sakınca olmadığı takdirde, reşit kişinin isteği üzerine yapılır. NPHK'daki tıbbi sakınca olmaması şartına, TCK m.101'de yer verilmemiştir. Bu nedenle bu şart TCK bakımından aranmaz^[110]. Ancak, kişinin kısırlaştırmaya razı olsa bile yapılacak müdahalenin doğurabileceği tıbbi sakıncalar konusunda aydınlatılmış olması gerekir. Failin kısırlaştırmaya yönelik müdahalesinin, mağdurun ölümüne veya yaralanmasına yol açması durumunda fail hakkında uygulanacak hüküm konusunda, 5237 sayılı TCK m.101'de, 765 sayılı TCK m.471'in aksine, bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, bu konuda 5237 sayılı TCK m.101'in gerekçesinde, "kısırlaştırma fiilinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara sebep olması halinde, failin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış

[107] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.55.

[108] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.318-319.

[109] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.826; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.319.

[110] Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *op. cit.*, s.188.

suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda, failin kısırlaştırmaya yönelik müdahalesinin, mağdurun ölümüne ya da yaralanmasına yol açması halinde fail, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır^[111].

Öte yandan NPHK m.4/2, kısırlaştırma fiilinin reşit kişinin rızasıyla yapılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle bu konuda reşit olmayan kişilerin rıza açıklaması geçerli değildir. Bu durumda, bu işlemin reşit olmayanlara yapılması yasaktır. Bu kişilerin rızasına dayanarak kısırlaştırma işleminin yapılması halinde de fiil suç oluşturacaktır^[112]. Ancak, öğretilerde, reşit akıl hastaları veya zeka geriliği bulunanlar bakımından vasinin rızası ve vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin kararıyla kısırlaştırmanın yapılabileceği ifade edilmektedir^[113].

Nihayet, NPHK m.4/2 uyarınca reşit bir kadın ya da erkeğin tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde, kendi rızasıyla kısırlaştırılması mümkündür. Mağdurun rızası dışında, ancak yetkili hekimin bu fiili işlemesi suçun basit şeklini oluşturur (TCK m.101/1-c.1). Fiilin hem mağdurun rızası dışında hem de yetkisiz bir kişi tarafından işlenmesi ise suçun nitelikli halini oluşturur (TCK m.101/1-c.2). Kısırlaştırma fiili esasen rıza yoksa suç oluşturur^[114]. Ancak, rızanın varlığına rağmen bu fiilin suç oluşturmasının sebebi, bu fiilin failinin niteliğidir. TCK m.101/2’de rızaya dayalı olsa bile bu fiilin yetkili olmayan, yani Tüzük’ün 10. maddesinde sayılan kişiler dışında kalan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde fail, maddenin ikinci fıkrasındaki bu suçu işlemiş olur ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır^[115].

[111] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.828.

[112] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.319.

[113] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.469-470; Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürtme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.169.

[114] Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, *op. cit.*, s.144.

[115] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.830.

4- Suçun Nitelikli Hali

TCK m.101/1'de rızaya dayanmayan kısırlaştırma fiili, yetkisiz kimse tarafından yapılırsa, bu durum, cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir^[116]. Tüzük'ün 10. maddesinde kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili hekimler, uzmanlık alanları itibarıyla sayılmıştır. Bu uzmanlık alanına sahip olmayan kişiler tarafından mağdurun rızası olmaksızın kısırlaştırma işlemi yapılırsa suçun nitelikli hali oluşur. Buna karşın, mağdurun rızası olsa dahi, yetkili olmayan hekimler tarafından kısırlaştırma işleminin yapılması halinde ise fail, TCK'nin 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre cezalandırılır^[117].

Ç) SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suçun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Ancak, suç olası kastla da işlenebilir^[118]; bu durumda failin cezası indirilir (TCK m.21/2).

Suçun taksirli şekli Kanun'da öngörülmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir^[119]. Dolayısıyla, objektif özen yükümlülüğüne aykırı tıbbi müdahale sonucu hastanın kısırlaşması halinde failin taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılması mümkündür. Failin kastı mağduru yaralamaya yönelik olup da ayrıca buna bağlı, en azından göze alınan (olası kast) bir sonuç olarak mağdurun üreme yeteneği ortadan kaldırılmış ise hem bu suç hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (TCK m.87/2-c) oluşur. Bu takdirde, fikri içtima hükümlerine başvurmak gerekir^[120].

[116] Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, *op. cit.*, s.143-144.

[117] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.115.

[118] Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, s.252-253; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2006, s.37.

[119] Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.* s.38; Veli Özer Özbek *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 14. Baskı, 2023, s.288.

[120] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.320.

D) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suçta mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp suçta tipikliğe ilişkin bir unsur olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira, TCK m.101/1 bakımından mağdurun rızası diğer şartları haiz olmak koşuluyla fiilin tipikliğinin gerçekleşmesini engeller^[121]. Böyle bir durumda mağdur tarafından verilen rıza üzerine yapılan kısırlaştırma fiilleri, yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuka aykırılık ifade etmez. Ancak, yetkisiz kişi tarafından yapılan kısırlaştırma işleminde mağdurun göstereceği rızaya geçerlilik tanınmamıştır. Öte yandan, TCK m.101/1’de failin rızanın yokluğu konusundaki yanılığısı, suçun maddi unsurlarında hata (TCK m.30/1) kapsamında değerlendirilmelidir^[122].

Bu suçta, tıbbi zorunluluk sebebiyle yapılan müdahaleler bakımından zorunluluk hali (TCK m.25/2) gündeme gelebilir^[123]. Hekimin hastalığı tedavi amacıyla hastayı kısırlaştırmasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için müdahaleden önce hastanın bu konudaki rızasının alınması gerekir. Ancak, böyle bir durumda, hasta bilinci kapalı olduğundan rıza açıklayabilecek durumda değilse, onun varsayılan rızasına dayalı olarak müdahalede bulunan hekime ceza verilmez. Ayrıca, NPHK m.4/3’te de; “Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Buradaki düzenleme, hadımlaştırmaya (kastrasyon) ilişkin ise de ondan daha az haksızlık içeriğine sahip kısırlaştırma için de bu hükmün uygulanabileceğinden kuşku duymamak gerekir^[124].

[121] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.*, s.315.

[122] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.53.

[123] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.831.

[124] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.475-477.

E) ZORUNLU KISIRLAŞTIRMA VE ZORUNLU HADIMLAŞTIRMA FİİLLERİNİN İNSAN HAKLARI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Birey, doğumundan sonra nüfus siciline biyolojik cinsiyetiyle kaydedilir. Bu kayıt bazı hukuki sonuçlar doğurur. Ancak, bazı bireyler, yaşam içerisinde kendilerini biyolojik cinsiyetten farklı bir psikolojik cinsiyetle özdeşleştirirler. Bu durumda, kendini karşı cinsten biri olarak tanımlayan kişiler “trans bireyler” olarak adlandırılır^[125]. Trans bireylerin cinsiyet değiştirebilmeleri için başvurabilecekleri yol ve yöntem 4721 sayılı TMK'nın 40/2. maddesinde düzenlenmiştir^[126]. Bu maddeye göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin bizzat başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemesi gerekmektedir. Mahkemenin de bu izni vermesi için aradığı koşullardan birisi de “kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu” sağlık kurulu raporuyla ispat etmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu maddeye göre üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmayan bir kişinin cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmasına imkan bulunmamaktadır^[127].

Bir kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının bulunması, o kişinin yönelim ve isteklerine uygun bir yaşam biçimini seçmesi, özel hayatında seçmiş olduğu bu yaşam biçimine uygun davranma biçimini seçmesi ve gerek toplum içinde gerekse de özel hayatında bu

[125] Merve Alçık, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayısı), 2019, s.1877.

[126] TMK m.40/1'de; “(1) Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izni verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (AYM'nin 29.11.2017 tarihli ve E.:2017/130, K.:2017/165 sayılı Kararı ile iptal edilen cümle: ‘ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu’) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

[127] Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2016, s.194.

seçimine göre davranışlarda bulunabilmesi konusunda serbest olmasını gerekli kılar^[128]. Bu nedenle, AYM ve AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre trans bireyler, kişinin maddi ve manevi varlığını korunması, geliştirilmesi hakkı kapsamında korunmaktadır^[129].

TMK'nın 40. maddesinin itiraz yoluyla Anayasa'ya aykırılığı iddiası üzerine AYM, maddede yer alan koşullardan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmak" şartını iptal etmiştir^[130]. AYM iptal kararında özellikle bu hükmün, tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağını, bunun da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini vurgulayarak hükmün ölçülü olmadığını ortaya koyup Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.

[128] Alçık, "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", *op. cit.*, s.1879.

[129] *Ibid.*, s.1879-1880.

[130] AYM'nin 29.11.2017 tarihli ve E.:2017/130, K.:2017/165 sayılı kararında, "cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir." şeklinde tespitlerde bulunarak TMK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

AYM'nin 29.11.2017 tarihli iptal kararının RG'de^[131] yayımlandığı 20.03.2018 tarihine kadar cinsiyet değiştirmek isteyen kişilere mahkemece cinsiyet değişikliğine izin kararı verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli olarak yokun bulunduğunu eğitim ve araştırma hastanesinden almış olduğu bir resmi sağlık kurulu raporuyla kanıtlaması gerekmektedir^[132]. Bu dönemde AİHM, TMK'nın 40. maddesi ile ilgili olarak Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. AİHM, 10.03.2015 karar tarihli ve 14793/08 Başvuru No'lu Y.Y.-Türkiye kararında; biyolojik cinsiyeti kadın olan başvurunun, cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak istemesi talebinin mahkemece TMK'nın 40. maddesinde öngörülen koşullardan, "sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmaması" şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmesi üzerine bu durumun, başvurunun cinsel kimliği ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı üzerindeki olumsuz sonuçları itibarıyla AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayatına saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir^[133].

Ayrıca, AİHM, trans bireylerin cinsel kimlikleri ve yönelimleri sebebiyle temel hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları ve onlara karşı işlenen insan hakkı ihlallerini AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı kapsamında da ele almaktadır^[134].

AYM'nin, cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde aranan üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma koşulunun iptal edilmesine yönelik kararıyla, iç hukukumuzdaki düzenleme, AİHM'in Y.Y.-Türkiye kararıyla uyumlu hale gelmiştir. Bu ön koşulun hukuka aykırılığını, AİHM kararıyla birlikte

[131] AYM'nin iptal kararı 20.03.2018 tarihli ve 30366 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[132] Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku, op. cit.*, s.194.

[133] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net>, ET:19.07.2024.

[134] AİHM, 09.10.2012 karar tarihli ve 24626/09 Başvuru No'lu X-Türkiye kararında, eşcinsel olan başvuranın mahkum olduğu cezasını çekmekte olduğu cezaevinde maruz kaldığı farklı muamelelerin ayrımcılık yasağı ilkesini; yaşamaya elverişli koşuğa tutulmaması, açık havaya çıkarılmaması, hiçbir sosyal aktiviteye katılamaması ve bu konuya ilişkin bütün taleplerinin trans birey olması sebebiyle reddedilmesinin de işkence yasağı ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmî Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int>, ET:19.07.2024).

dikkate alan AYM, nihayet haklı olarak, bu koşulu öngören kanun hükmünü iptal etmiştir^[135].

Öte yandan, cinsel suç faillerine zorunlu hadımlaştırma uygulamasının Türk Hukukunda kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır^[136]. Öğretide de cerrahi hadımlaştırmanın geri dönülmez bir şekilde tıbbi bir müdahaleyi gerektirdiği için bir suç karşılığında ceza yahut güvenlik tedbiri olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir^[137]. Cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanamayacağı tartışılan cerrahi hadımlaştırma, Anayasa ve AİHS kapsamında korunan, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[138]. Bu nedenle, cerrahi hadımlaştırmanın uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir^[139]. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak koşuluyla, kimyasal hadımlaştırma uygulanabilir^[140].

[135] TMK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu" ibaresi iptal edilmiştir.

[136] Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", *op. cit.*, s.1048.

[137] Arzu Aşçı, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış", *op. cit.*, s.171-172.

[138] Tezcan *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, *op. cit.*, s. 470-472; Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.118-121; Çiftcioğlu, "Yaşama Hakkı", *op. cit.*, s.142-144.

[139] Yenidünya ve Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?", *op. cit.*, s.12-13.

[140] Bu konuda AİHM'in 06.11.2014 tarihli ve 12927/13 Başvuru No'lu Dvoracek-Çek Cumhuriyeti kararında, Mahkeme, cinsel istismar suçunun faili olan başvuru hakkında koruyucu tedavi olarak kimyasal kastrasyon tedavisi uygulanması üzerine başvuruçunun bu işleme ilişkin yazılı bir rızasının alınmadığını ileri sürerek kendisine yapılan bu uygulamanın AİHS m.3'e aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle yaptığı başvuruyu, bu tarz bir koruyucu tedavi uygulamasının AİHS m.3 kapsamında bir ceza olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kararın, kastrasyon bakımından iki önemli sonucu olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, kimyasal kastrasyon tedavisinde rızanın mutlaka yazılı olarak verilmiş olmasının gerekmemesi, ikincisi ise kimyasal

Buna karşın, Almanya ve Amerika Birleşik Devletlerinin dokuz eyaletinde cinsel suç faillerine yönelik hadımlaştırma uygulaması kanuni olarak uygulanmaktadır. Bu eyaletler Oregon, Montana, Georgia, Wisconsin, Florida, Kaliforniya, Teksas, Louisiana ve Iowa'dır^[141]. Aynı şekilde, İngiltere'de de uygulamada cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara mağdurun talebi üzerine hadımlaştırma uygulaması yapılmaktadır^[142].

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A) TEŞEBBÜS

Bu suç bir netice suçudur^[143]. Dolayısıyla bu suç kişinin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıyla tamamlanır^[144]. Bu nedenle, suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Fail, bu fiile yönelik elverişli hareketlerle, doğrudan doğruya suçun icrasına başlayıp da elinde olmayan sebeplerle fiilini tamamlayamaz ya da kısırlaştırma neticesini gerçekleştiremezse suç teşebbüs aşamasında kalmış olur^[145].

B) İŞTİRAK

Bu suçun özgü suç olması sebebiyle, iştirak bakımından TCK m.40/2 önemlidir^[146]. Zira hekim olmayanlar bu suçun müşterek faili olamazlar.

kastrasyon tedavisinin tıbbi olarak gerekli olduğu durumlarda, bu uygulamanın AİHS m.3'ü ihlal ettiği iddiasının kabul edilmemesidir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmî Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int>, ET:19.07.2024).

[141] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.33.

[142] *Ibid.*, s.35.

[143] *Ibid.*, s.141.

[144] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.66.

[145] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.443; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s.516.

[146] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.571; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.561.

Bu kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça katılabilirler^[147]. Ayrıca, hekim olmayan bir kişinin bir hekimle birlikte kısırlaştırma ameliyatının icrasını birlikte gerçekleştirmiş olması halinde, hekim kısırlaştırma suçunun faili, hekim olmayan kişi de suçun şeriki olacaktır. Bununla beraber, hekim olmayan kişinin fiili, onu aynı zamanda kasten yaralama suçunun faili yapacaktır. böyle bir durumda ise failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı gereğince, hekim olmayan kişi, sadece kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılabilir^[148].

C) SUÇLARIN İÇTİMAI

Bu suçun birden çok kişiye karşı aynı anda işlenmesi, mümkün görünmemektedir. Bu nedenle bu suçta aynı neviden fikri içtimanın (TCK m.43/2) gerçekleşmesi ihtimali çok zordur^[149]. Yine, kısırlaştırma suçunun ancak ilk suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde zincirleme suç olarak işlenebilmesi mümkündür^[150] (TCK m.43/1). Öte yandan, kısırlaştırma suçunu oluşturan fiil aynı zamanda kasten yaralama suçunu da oluşturacağından bu iki suç arasında fikri içtimanın varlığını kabul etmek gerekir. Ayrıca, kısırlaştırma fiilinin, mağdurun ölümüne veya yaralanmasına sebep olması halinde failin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler kapsamında sorumluluğu gündeme gelir^[151] ve böylece fail hakkında TCK m.101 ile m.87/2 arasında fikri içtima hükümlerine başvurularak sorun çözümler^[152].

[147] Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.189; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.446.

[148] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.460-463.

[149] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.121.

[150] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.55.

[151] Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.*, s.52-53; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.432; Veli Özer Özbek *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.521.

[152] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.320.

V. SUÇUN MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIMI

A) SUÇUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA ŞARTLARI

Bu suç, re'sen soruşturulur. Ancak, bu suçun, bir devlet memuru olan sağlık mesleği mensubu tarafından işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum^[153] tarafından yargılama izni verilmesi gerekmektedir^[154]. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle kamu görevlilerinin (doktorların ve diğer sağlık mensuplarının) görevleri sebebiyle suç işlemeleri gerekmektedir. Ayrıca, işledikleri suçun da ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmemiş olması gerekir^[155]. Bunun dışında kalan hallerde de fiilin soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı Kanun kapsamında yetkilendirilmiş bulunan merciin vereceği izin üzerine yapılabilir^[156].

B) GÖREVLİ MAHKEME

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesi uyarınca, ağırlatıcı sebepler dikkate alınmaksızın^[157] TCK'nın 101. maddesinin

[153] Bu izin, 15.06.2022 tarihli ve 31867 sayılı RG'de yayımlanan Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.5-6 hükümleri uyarınca 15.06.2022 tarihinden itibaren, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilmektedir.

[154] Şahin Cumhuri ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022, s.48.

[155] Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023, s.54-55.

[156] Cengiz Topel Çiftcioğlu, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2017, s.128-129.

[157] Öztürk et al., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, op. cit. s.200 vd; Çiftcioğlu, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, op. cit. s.67-68; Cumhuri ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, op. cit. s.33.

birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçların cezasının üst sınırı on yıldan fazla olmadığına ve 5235 sayılı Kanun m.12’de sayılan suçlardan da bulunmadığına göre görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

C) SUÇUN YAPTIRIMI

TCK m.101/1’de düzenlenen suçun basit şeklinin yaptırımı, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. Şayet bu fiil yetkisiz kişiler tarafından işlenmişse, ceza üçte bir oranında artırılır^[158]. TCK m.101/2’de düzenlenen suçun yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Fail, hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak TCK m.53’teki belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımına da tabi olacaktır^[159]. Aynı şekilde, bu suçun hekim tarafından görevin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi söz konusu olduğundan ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar bir süre, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir^[160] (TCK m.53/5).

[158] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.833.

[159] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 675-676; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, *op. cit.* s.405.

[160] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.* s.55.

SONUÇ

Kısırlaştırma, bir kadın veya erkeğin geri dönüşü olmayacak şekilde tıbbi bir müdahale ile üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Bu işlem sonunda, kişinin üreme yeteneği sona ermekle birlikte, cinsel istek ve arzuları devam ettiği için, bu fiil bu yönüyle hadımlaştırmadan ayrılmaktadır. Zira hadımlaştırma sonucu kişinin üreme yeteneği ile birlikte cinsel istekleri ve dolayısıyla cinsel faaliyette bulunma yeteneği de kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Hukuka aykırı kısırlaştırma, hem 765 sayılı eski TCK'da hem de 5237 sayılı yeni TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, hukuka aykırı hadımlaştırma TCK'da özel bir suç tipi olarak düzenlenmediğinden bu fiil failinin TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan cezalandırılması mümkündür.

Hukuka uygun kısırlaştırma, NPHK m.4/2'de düzenlenmiştir. Bu Kanun, kısırlaştırma nüfus planlaması amacıyla başvurulmuş ve gebeliği önleyici bir önlem olarak öngörülmesi ve bu fiili kişinin isteği ve tıbbi açıdan bir sakınca bulunmaması şartına bağlı tutmuştur. Yine bu Kanun'a göre, bu fiil, ancak reşit olan bir kişinin isteği üzerine gerçekleştirilebilir; hatta bu kişi evliyse, eşinin de rızası aranır. Oysa, TCK m.101, bu şartları aramamıştır. Ayrıca, NPHK, kısırlaştırma için, tıbbi sakınca olmaması şartını aradığı halde TCK m.101 bu şartı da aramamıştır. Dolayısıyla, öncelikle NPHK ve TCK arasında var olan ve uygulamada tereddütlere yol açan bu farklılıkların kanuni bir düzenleme yapılarak giderilmesi gerekir. Öte yandan, 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, kısırlaştırma fiilinin kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olması halinde fail hakkında uygulanabilecek özel bir hüküm konulmadığından, bu durumda TCK'daki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Ancak, yeni TCK'da da eski TCK'da olduğu gibi bu konuya ilişkin özel bir hükmün konulması daha isabetli olacaktır. Yine, NPHK m.4'ün başlığı "Sterilizasyon ve kastrasyon" olmasına karşın hukuka aykırı hadımlaştırma (kastrasyon) fiilinin TCK'da özel bir suç tipi olarak öngörülmemiş olması da bir eksiklik olarak kabul edilmektedir. TCK'da bu fiilin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu fiilin işlenmesi halinde failin sorumluluğu TCK m.87/2 çerçevesinde belirlenecektir.

Nihayet, cinsel suç faillerine cerrahi kastrasyon uygulanması Anayasa ve AİHS'te öngörülen, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve

kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[161]. Bu nedenle, cerrahi kastrasyonun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak kaydıyla, kimyasal kastrasyon uygulanabilir.

[161] Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.* s.107-109.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Alçık, Merve, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı), 2019, s.1875-1906.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2006.
- Aşçı, Arzu, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 86, Sayı 2, Mayıs 2021, s.163-192.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2016, s.194
- Berg, Jonathan, “Etik Dine Nasıl Dayandırılabilir?” (Çev. Muhammet İrğat), *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Yaz 2015, s.219-227.
- Cumhur, Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2017.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, Kasım-Aralık 2012, s.137-168.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023.
- Doğan, Büşra, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *Suç ve Ceza*, Sayı 13, 2020, s.449-526.
- El-Fehd, Ahmed B. Fehd B. Humeyyin, “Gebeliği Kalıcı Olarak Engellenmenin Fikhî Yönüne Dair Bir İnceleme” (Çev. Mehmet Ali Yargı), *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 11, Aralık 2017, s.161-183.

- Erbaş, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 73, Şubat 2016, s.187-192.
- Ertuğrul, Hüseyin, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Abi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s.59-74.
- Ertuğrul, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, (Doktora Tezi, Danışman Mustafa Özen), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 428763).
- Keskin Kızıroğlu, Serap, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı), 2013, s.165-190.
- Kızılırmak, Baran, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Aralık 2019, s.1025-1071.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2013.
- Koca, Mahmut, “Kısırlaştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 67, Aralık 2009, s.43-55.
- Oktar, Salih, Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları, (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 349377).
- Özaltuğ, Alparslan, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 199-200, Mart-Nisan 2021, s.821-851.
- Özbek, Veli Özer *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 14. Baskı, 2023.

- Özbek, Veli Özer ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2012.
- Öztürk, Bahri *et al.*, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2011.
- Sert, Gürkan, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İstanbul, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını, 1. Baskı, 2013.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2022.
- Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2014.
- Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2013.
- Tezcan, Durmuş *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2024.
- Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, Temmuz 2013, s.171-189.
- Yılmaz, Berna Ayşen, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s.59-88.
- Yılmaz, Candan, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100), (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535010).

Nasyonal Sosyalizmin Roma Hukukuna Bakışı ve Roma Hukukunun Evrenselliği Üzerine

Özlem SÖĞÜTLÜ*

Digesta 1.2.2.13 (Pomponius):

*“Hukuk, ancak yargılamadan sorumlu olanlar
aracılığıyla etkinlik kazanır.*

*Hukukun hüküm sürmesine yardımcı olacak kimse yoksa,
hukuk ne işe yarar?*

Ondan sonra hukuk âlimlerinden söz edeceğiz.

*Çünkü, onu, günden güne geliştirebilecek hukuk âlimleri
olmadıkça hukuk ayakta kalmaz.”*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

* Profesör Doktor. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Ankara, Türkiye oeeriskin@etu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2776-6677.

Makale geliş tarihi: 22 Ocak 2024 **Makale kabul tarihi:** 2 Temmuz 2024

Atf önerisi: Söğütlü, Özlem, “Nasyonal Sosyalizmin Roma Hukukuna Bakışı
ve Roma Hukukunun Evrenselliği Üzerine” *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82,
Sayı 3, Temmuz 2024, s.295-348. **DOI:** 10.30915/abd.1423972.

NASYONAL SOSYALİZMİN ROMA HUKUKUNA BAKIŞI VE ROMA HUKUKUNUN EVRENSELLİĞİ ÜZERİNE

ÖZ

Roma hukuku Kıta Avrupası hukuk sisteminin tarihsel temelini oluşturmaktadır. 11. yüzyıldan 19. yüzyıla değin oluşum sürecinde Avrupa hukuku, Roma hukukunun ikinci büyük kodifikasyonu olan *Corpus Iuris Civilis*'ten yararlanmıştı. Romalı hukukçuların oluşturduğu ve gerçekliğe dayanan hukuk kuralları ve ilkeleri, yüzyıllar boyunca “yazılı akıl (*ratio scripta*)” olarak uygulama alanı bulmuştur. Romalı hukukçuların hukukî bir sorunu çözüme kavuştururken başvurdukları akıl yürütme yöntemleri, kullandıkları hukuk ilkeleri, hukukî menfaatleri dengeleme sırasındaki yorum faaliyetleri ve olayları çözümlemedeki hukukî derinlik hakkında bilgi sahibi olmak, günümüz hukukçuları için özel bir öneme sahiptir. Bu, bir gerçeklik olarak ortada dururken, nasyonal sosyalizm döneminde Roma hukuku düşmanlaştırılmış; hukuk bilimine “düşmanını tanı” ve “onu, hukuk düzeninden ayıkla” emri verilmiştir. Çalışma, nasyonal sosyalizmin neden Roma hukukunu öteki olarak gördüğü ve Roma hukukunun neden zamanlar üstü bir hukuk olarak değerlendirilmesi gerektiği sorularına yanıt bulmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kıta Avrupası Hukuk Tarihi, Nasyonal Sosyalizm, Nazi Dönemi’nde Romanistler, Romalı hukukçular, Roma Hukukunun evrenselliği

ON THE PERSPECTIVE OF NATIONAL SOCIALISM TOWARD ROMAN LAW AND THE UNIVERSALITY OF ROMAN LAW

ABSTRACT

Roman law constitutes the historical basis of the European Continental legal system. During its formation process from the 11th to the 19th centuries, European law has made use of *Corpus Iuris Civilis*, which is the second great codification of Roman law. The legal rules and principles which were established by Roman jurists and which depend on reality were put into practice for centuries under the name “written reason (*ratio scripta*)”. Knowing about the methods of reasoning and legal principles employed, interpretive activities carried out during the balancing of legal interests, and the legal depth in analysing events of the Roman jurists in solving legal problems has special importance for today’s jurists. In spite of this fact, during the national socialist era Roman law has been antagonised and jurisprudence has been commanded to know its enemy and weed it out from its legal system. This work intends to answer the questions of why national socialism has alienated Roman law and why Roman law should be evaluated as timeless.

Keywords: Continental legal history, National Socialism, Romanists of Nazi regime, Roman Jurisprudence, Universality of Roman law

GİRİŞ

Bu makale, Atatürk'ün çağrısıyla^[1] Türkiye'ye gelen (1934-1935) ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma kürsüsünün başına geçen Profesör *Andreas Schwarz* ile 1948-1950 yılları arasında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Roma hukuku dersi veren Profesör *Paul Koschaker*^[2] anısına kaleme alınmıştır. Bu hukukçuların çalışmaları öncelikle hukuk eğitiminde Roma hukukunun önemi ve zorunluluğu ile başlar^[3]. Önceki kuşağın sonraki kuşağa yüklediği görev, Roma hukukunun neden öğretilmesi gerektiği sorusunun yanıtı olmuştur^[4]. Ne yazık ki bu misyon hâlâ varlığını devam ettirmekte ve günümüz Romanistleri, her yıl derse başlarken Roma

- [1] Atatürk Türkiye'sine Üniversite Reformu doğrultusunda davet edilen yabancı profesörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nevin Ünal Özkorkut, "Cumhuriyet Dönemi Hukuksal Dönüşüm Sürecine Katkıda Bulunan Yabancı Akademisyenler", *Adalet Dergisi*, Sayı 62-63, 2019, s.481-505.
- [2] *Koschaker* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tommaso Beggio, "Paul Koschaker and the path to 'Europa und das römische Recht' (1936-1947)", *European Legal Roots*, Sayı 6, 2017, s.291-326.
- [3] Bu çalışmalar için bkz. Andreas Bertalan Schwarz, "Mukayeseli Medenî Hukuk İlminin, Bilhassa Türkiye'deki, Ehemmiyet ve Vazifeleri", *Üniversite Konferansları 1937-1938*, İstanbul, 1939, s.72-86; Andreas Bertalan Schwarz, "Türkiye-İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku", Çev. Hıfzı Veldet, in *Prof. Dr. Cemil Bilsel'e Armağan*, İstanbul, Kenan Basımevi, 1939, s.379-436; Andreas Bertalan Schwarz, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku", Çev. Bülent Davran, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, 1945, s.180-202.
- [4] Bkz. Kudret Ayiter, "Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1981, s. XIII; Ziya Umur, "Türkiye'de Roma Hukuku Tedrisatı Üzerinde Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1-4, 1960, s.255-288; Ziya Umur, "Tedrisat Bakımından «Umumi Hukuk Tarihi»", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1, 1966, s.101-121; Özcan Karadeniz, "Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1-2, 1969, s.323-347; Hans Schlosser (Çeviren Celal Cihangiroğlu), "Hukukçunun Yetiştirilmesi ve Modern Toplum (Hukukçu mu Yoksa Sosyal Düzenleyici mi?)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1-4, 1976, s.105-123.

hukukunun hukuk eğitimindeki önemine işaret etmekte; deyim yerindeyse öğrencilerini ikna etme gereksinimi duymaktadır^[5].

Kıta Avrupası özel hukuk sistemi, Roma hukuku geleneğine dayanır. Roma Klasik Dönem hukuk öğretisi, Avrupa hukuk geleneğinin dogmatik yapısını oluşturur. Günümüz hukuk bilimi, hukuk nedir gibi hukuk teorisi sorusunun ve hukuk ne olmalıdır gibi hukuk felsefesi sorusunun yanıtını verme uğraşısında, Romalı hukukçuların belirlediği bağlayıcı alan içerisinde kalmak zorundadır. Çünkü, bu alanda, akılla bulunmuş, adil ve doğru çözümler yer almaktadır^[6].

Bu makalenin konusunu iki soru üzerinde derinleşme çabası oluşturmaktadır:

Birinci soru; nasyonal sosyalizm döneminde Roma hukukunun neden istenilmeyen, ötekileştirilen bir hukuk alanı olduğudur. Çünkü Romanistlerin görevlerinden biri de tarihsel hafızayı canlı tutmaktır.

İkinci soru; Roma hukukunun evrenselliğini nereden aldığıdır.

I. AVRUPA HUKUK KÜLTÜRÜNÜN TEMELİ OLARAK ROMA HUKUKU

Roma hukuku, M.Ö. 753'te Roma şehrinin kuruluşu ile başlayan ve *Corpus Iuris Civilis* olarak adlandırılan *Iustinianus* Dönemi'ndeki kanunlaştırma (derleme) hareketine değin geçen süreçte oluşan hukuktur. M.S. 528-534 yılları arasında gerçekleştirilen derlemenin yapılmasındaki amaç;

[5] Bkz. Diler Tamer, *Roma Hukuku, Cilt -1- Roma Tarihi-Roma Hukuku Kaynakları-Genel Kurallar-Roma Usul Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2020, s.1-2; Pervin Somer, *100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2010, s.V-VI; Nadi Günel ve Mehmet Üçer, *Roma Hukuku Kavram ve Kurumları*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2023, s.1-5; Mehmet Üçer, *Roma Hukuku'na Giriş*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2020, s.1-6; Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı 2022, s.37-51; Arzu Oğuz, "Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.1-40; Ahmet Halûk Atalay ve Gökçe Çataloluk, "Hukukun Feneri ve Günümüzde Hukukun Bir Sanat Olarak Öğretimi", *Hukuk Kuramı*, Cilt 2, Sayı 6, Kasım-Aralık 2015, s.52-58.

[6] Tomasz Giaro, "Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der Römischen Jurisprudenz", *Bullettino Dell' Istituto Di Diritto Romano*, Sayı 90, 1987, s.11.

o zamana değin uygulanan hukuk kurallarını bir araya getirerek bir kanun hazırlamaktı^[7]. Ancak, *Iustinianus*'un imparator olduğu dönemde Doğu ve Batı Roma olarak ikiye ayrılan imparatorluğun Batı kısmı M.S. 476'da barbar Cermen kavimler tarafından yıkılmıştı. *Iustinianus*'un ölümünden sonra Doğu Roma İmparatorluğu Doğu kültürünün ve Doğu hukuklarının etkisi altına girmiş, bu etkiyle Roma hukuku Bizans hukuku adını alarak farklı bir düzlemde gelişimini sürdürmüştür.

Batı Roma İmparatorluğu'nda *Corpus Iuris Civilis* bir bütün olarak uygulanma olanağına sahip değildi. Roma hukuku barbar kavimlerin Roma kanunlarıyla sınırlı olarak uygulandı. Bu dönemde Antik Çağ'a egemen olan "şahsilik ilkesi" geçerliydi. "Almanlar Alman yasalarına, Romalı halklar Roma yasalarına tabi olmalıdır" şeklinde ifade edebileceğimiz "şahsilik ilkesi" gereğince Cermen Kralları, kendi ülkelerinde yaşayan Romalılar için kanun çıkarma gereksinimi duydular ve bu kanunlarda kaynak olarak *Gaius Institutiones (Epitomae Gai)*, *Paulus Sententiae*, *Codex Theodosianus*, *Codex Gregorianus* ve *Codex Hermogenianus*'u kullandılar^[8].

6. yüzyıldan 11. yüzyıla değin hukuk kendine özgü bağımsız kurumlardan oluşan bir sistem, bağımsız bir meslek değildi; bilimsel yöntemlerle de ele alınmamaktaydı^[9]. Çünkü 11. yüzyıldan önce Batı Roma'nın yerine

[7] *Corpus Iuris Civilis* ve bölümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Dieter Spengler, "Römisches Recht und europäische Rechtskultur", in *Die kulturelle Eigenart Europas*, editör Günter Buchstab, Freiburg, 2010, s.45-55; Max Kaser, Rolf Knütel ve Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, München, Beck, 21. Baskı, 2017, s.7-9; Oğuzhan Bekir Keskin, "Modern Hukuki Sistemin Temelleri Üzerine Bir Giriş Çalışması: Geç Ortaçağ'da Corpus Iuris Civilis'in Keşfi ve Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s.602-605; Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, Ankara, Turhan Kitapevi, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış Onyedinci Baskı, 2014, s.47-54.

[8] "Barbarların Roma Kanunları" olarak anılan bu kanunlar arasında *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Burgondiorum*, *Lex Romana Visigothorum*, *Lex Romana Curiensis*, *Leges Langobardorum* sayılabilir [ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, *op.cit.*, s.608-610; ayrıca bkz. Pascal Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş", Çev. Nilgün Dinçer, in *Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan*, Özel Sayı 16, 2014, s.3154.

[9] Harold J. Berman ve Charles Reid, "Römisches Recht in Europa und das ius commune – Ein historischer Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Neuen

geçen barbar kavimlerde bir hukuk okulu yoktu; yargıçlık veya avukatlık gibi meslekler de söz konusu değildi. Hukuk tarihçileri tarafından *Vulgar* hukuk olarak adlandırılan bu dönemde, hukukun inceliklerinden, hukukî düşünce tarzından söz etmek de olanaklı değildir^[10]. Salt pratik yaşamın gereksinimlerine cevap veren söz konusu idi sadece. Bununla birlikte, gelenek, siyaset, ekonomi, din ve diğer sosyal ilişkilerden ayrı, farklı bir yapı olarak belirmemiş olsa da bir sosyal düzen normu olarak var olmaya devam eden hukuk, Cermenler ve Avrupa'nın diğer kabileleri için yine de önemliydi^[11].

Batı Roma'da 11. yüzyıla değin, Yunanca çevirileri dışında, Roma hukuku üzerinde ciddi bir araştırma yapılmamıştır. 11. yüzyılın sonu 12. yüzyıl başlarında *Corpus Iuris Civilis*'in en önemli bölümünü oluşturan el yazması bir *Digesta* üzerinde yapılan çalışmalarla Roma hukuku yeniden canlanmıştır. Bu bağlamda, antik Roma hukuk kültürünün toplamı ve sonu olan *Digesta*, Avrupa hukuk kültürünün de başlangıcı olmuştur^[12].

Digesta üzerinde çalışmalar yapılmasının siyasî ve ekonomik arka planını, 11. yüzyıl Avrupası'ndaki canlanma oluşturmaktadır. Modern anlamda Avrupa şehirlerinin kurulmaya başlaması, ticaretin yerel olmaktan çıkıp şehirlerarası ticarete evrilmesi, feodalitenin güç kaybetmeye ve burjuva sınıfının güçlenmeye başlanması, Avrupa devletlerinde yeni yaşam olanaklarının aranması ve farklı bir ticaret anlayışına sahip olma isteği, gelişmiş bir hukuk düzenine gereksinimi doğurmuştur. Bu gereksinim; Batı Avrupa'daki kavimleri, doğal hukuk ilkelerine, insan aklına dayanan, kilise

Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Cilt 3, Sayı 1, 1995, s.5-6; Keskin, *op.cit.*, s.607.

[10] Diler Tamer, *Roma Hukuku, Cilt -2- Borçlar Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2021, s.2.

[11] Berman ve Reid, *op.cit.*, s.6.

[12] Franz Wieacker, "Offene Wertungen bei den römischen Juristen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 94, 1977, s.41; Spengler, *op.cit.*, s.53; Pascal Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş", Çev. Nilgün Dinçer, in *Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan 16*, Özel Sayı 2014, s.3155-3156.

hukukundan bağımsız, soyut ve genel kuralların bulunduğu Roma hukukuna yönelmiştir^[13].

Hukukî yapıların özel, sistematik ve soyut bir biçimde ele alınması (örneğin mülkiyet, sözleşme, zarar, sorumluluk gibi) ve hukukun başlı başına bir bütün oluşturabilen bir sistemden meydana gelmiş olması da Roma hukukuna yönelmesinin başlıca nedenleri arasında yer alır^[14].

1086'da bulunan el yazması *Digesta*, Avrupa hukuk doktrininin temelini oluşturmuştur. Hukuk bilgisine duyulan bu gereksinim, ilk olarak İtalya'da Bologna Üniversitesi'nin kurulmasıyla (1088) karşılanmıştır. Bologna Hukuk Okulu, sadece Avrupa üniversitelerinin doğumuna yol açmamış; bu Hukuk Okulu'nun çalışmaları Roma hukukunun pratikte de uygulanabilirliğinin yolunu açmıştır^[15]. Bologna Hukuk Okulu'nun şöhreti kısa süre içerisinde Avrupa'da duyulmuş; hukuk eğitimi için Avrupa'nın farklı bölgelerinden öğrenciler gelmeye başlamıştır^[16]. Bologna Üniversitesi'nin hocaları, *Digesta*'nın el yazması nüshaları üzerinde çalışmış, açıklamalar yapmış ve kısa notlar almışlardır. Nüshaların sayfa kenarlarına (*glossae marginales*) ve satır aralarına (*glossae interlineares*) yazılan bu açıklamalara ve notlara *glossa* denildiği için bu hukuk hocaları *Glossator*'lar olarak adlandırılmaktadır^[17].

13. yüzyılın sonunda Roma hukukunun uygulanabilmesini sağlamak amacıyla yeni bir hukuk okulu doğmuştur. *Commentator*'lar okulu (ya da *Postglossator*'lar), *Digesta*'yı saf bir akademik çalışma olarak değil, günün hukukî sorunlarını çözme aracı olarak görmüşlerdir. *Postglossator*'lar, Roma

[13] Koray Güven, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 3, 2016, s. 842-843; Berman ve Reid, *op.cit.*, s.7-8; Keskin, *op.cit.*, s.612.

[14] Ayrıntılı bilgi için bkz. Fritz Pringsheim, "Das römische Recht der großen Zeit", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Cilt 3, Sayı 6, 1948, s. 281-286.

[15] Berman ve Reid, *op.cit.*, s.8-9; Keskin, *op.cit.*, s.616.

[16] Maria Etelvina de las Casas Leon, "Reception of Roman Law in the Field of Regulae Iuris" *Ius Romanum*, Sayı 2, 2020, s.567-568.

[17] Pascal Pichonnaz, "Kıta Avrupası Özel Hukukunun Uyumlaştırılması: Roma Hukuku Bize Ne Öğretebilir; Ne Öğretemez?", Çev. Ceren Soydan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU'na Armağan)*, Cilt 23, Sayı 3, 2017, s.355-356.

hukukunun pratik hayata aktarılmasını sağlamak amacıyla, Roma hukuku metinlerinden ilkeler ve kurallar çıkarmışlar, hukukî sorunlarla ilgili mütalaa vermişlerdir^[18].

Roma hukukunun Avrupa devletlerinin hukukunun temeli olmasının nedenini, *Glossator*'lar ve *Postglossator*'ların çalışmaları oluşturmaktadır. Bologna hukuk hocaları, ihtiyaç duyulan hukuk sisteminin geliştirilmesi için uygun ilkeleri, bütüncül ve sistematik olan Roma hukukunda bulmuşlardır^[19]. Bologna hukuk hocaları, Roma hukukunun kaynaklarını ayıklayarak ve yorumlayarak kendi toplumlarına eklemişler; bu kaynaklarda kendi zamanlarının hukukî sorunlarının çözümünü aramışlardır^[20]. 11. yüzyıldan 14. yüzyılın sonlarına değin *Glossator*'lar ve *Postglossator*'lar; *Digesta*'yı belirli bir metodoloji ile incelemiş, somut olayların anlamını, bağlantılarını ve karşıtlıklarını tartışarak hukuk kurallarının gün ışığına çıkmasını sağlamışlar, böylece modern hukuk biliminin ve hukukî düşünüşün temellerini atmışlardır^[21].

Rönesans akımı hukukî bakış açısını da etkilemiş ve 15. ve 16. yüzyıllarda Hümanist Hukuk Okulu (ya da Elegant Hukuk Okulu) tarafından, hümanist bakış açısıyla *Corpus Iuris Civilis*'teki metinler yeniden ele alınmıştır. Hümanist doktrin, skolastik doktrini ve öğretim yöntemlerini eleştirerek Roma hukukunu oluştuğu zamanın sınırları içinde, zamanın ruhuyla inceleyen bir bakış açısından hareket etmiştir^[22]. Bu doktrin, *Glossator*'lar ve *Postglossator*'lar tarafından yorumlanırken bozulduğunu düşündüğü *Corpus*

[18] Leopold Wenger, "Römisches Recht und Rechtsvergleichung", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Cilt 14, Sayı 2, 1920/21, s.111; Berman ve Reid, *op.cit.*, s.8-9.

[19] De las Casas Leon, *op.cit.*, s.562; Keskin, *op.cit.*, s.600-601, s.604-605.

[20] Alfred Söllner, "Das römische Recht in der Rechtswissenschaft unserer Zeit", *Giessener Universitätsblätter*, Sayı 42, 2013, s.67; Pichonnaz, "Kıta Avrupası", *op.cit.*, s.356.

[21] Christian Baldus, "Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte," *Die Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, Sayı 2, 2005, s.186-187; De las Casas Leon, *op.cit.*, s.563; Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku", *op.cit.*, s.3155-3156.

[22] Derek Van Der Merwe, "Regula iuris and the Axiomatisation of the Law in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries", *Journal of South African Law*, Sayı 3, 1987, s.288.

Iuris Civilis'i, hazırlandığı dönemin özelliklerini göz önüne alarak yorumlamış; bu çalışmayı yaparken arkeolojinin, filolojinin, edebiyatın ve siyasal tarihin verilerinden yararlanmışır^[23].

16. yüzyılın sonlarında Roma hukuku, üzerindeki bu çalışmalar ile çağın koşullarını ve gereksinimlerini karşılayabilecek şekilde değiştirilmiş ve güncelleştirilmiştir^[24]. Bu haliyle Roma hukuku 16. yüzyıldan itibaren Ortak hukuk (*Ius Commune*) adı altında Avrupa'da uygulanmaya başlanmışır^[25]. Ortak hukukun özellikleri; bilimsel yöntemlerle incelenmiş olması, üniversiteden, diğer bir deyişle eğitimlilerin elinden çıkmış olması, bu okullarda eğitim gören hukukçular tarafından Avrupa ülkelerine yayılması, kaynağının Roma hukuku olması ve ahlakî temellere dayanmasıdır^[26].

17. ve 18. yüzyıllarda rasyonel akla dayanan doğal hukuk okulu tarafından Roma hukuku ele alınmıştır. Roma hukukunun sayısız kuralı, yazılı aklın (*ratio scripta*), doğal hukukun somutlaştırılması olarak görülüp doğal hukuk öğretisi tarafından hukuk hayatına aktarılmıştır^[27]. 19. yüzyılda Alman hukukçu *Savigny*'nin kurmuş olduğu Tarihçi Hukuk Okulu'nun çalışmalarıyla ortaya çıkan^[28], Kıta Avrupası özel hukuklarının temelini oluşturan ve Roma hukukunu bilimsel bir yöntemle ele alan *Pandekt* hukuku ise Roma hukukunu günümüze bağlayan son halka olmuştur^[29]. *Pandekt* hukukçuları,

[23] De las Casas Leon, *op.cit.*, s. 565; Berman ve Reid, *op.cit.*, s.15-16.

[24] Güven, *op.cit.*, s.841-844; Spengler, *op.cit.*, s.48-50.

[25] Rolf Knütel, "Rechtseinheit in Europa und römisches Recht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Cilt 244, Sayı 1, 1994, s.245; Berman ve Reid, *op.cit.*, s.3.

[26] Reinhard Zimmermann, "Römisches Recht und europäische Kultur", *JuristenZeitung*, Cilt 62, Sayı 1, 2007, s.9.

[27] Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku", *op.cit.*, s.3157-3158; Knütel, *op.cit.*, s.245.

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kasım Akbaş, "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 74, Sayı 1, 2016, s.53-72.

[29] Ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 4, 2007, s.111-122; Ayiter, *op.cit.*, s. XVII; Wenger, *op.cit.*, s.120; Güven, *op.cit.*, s.845-846; Söllner, *op.cit.*, s. 69; Wieacker, "Offene Wertungen", s.42.

Romalı hukukçuların tek tek olaylara özgü çözümlerini soyutlayıp genelleştirmiş, sistemleştirmiş, yasa kuralı olmaya elverişli hale getirmişlerdir. Keza hukuk mantığı ve hukukî akıl yürütme yöntemleriyle Roma hukukunu yeniden yapılandırmışlardır^[30].

II. NASYONAL SOSYALİZMİN HUKUK ANLAYIŞI

A) GENEL OLARAK HUKUKA BAKIŞI

Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi 5 Mart 1933 seçimlerinde oyların %43,9'unu alarak iktidarı ele geçirmiş ve 1933-1945 yılları arasında da iktidarını devam ettirmiştir. Kültürel ve etnik aidiyet temelli nasyonal sosyalist ideoloji^[31]; ırkçılık, insanüstü, totaliter devlet ve Yahudi düşmanlığı düşüncelerinin bir karmasından oluşmaktaydı^[32]. Nasyonal sosyalizm, vatandaşları, yaşam alanlarının tümünde belirli bir dünya görüşünün gereklerini yerine getirmekle yükümlü tutan totaliter bir rejimdi. Siyasî olan alanda hukuk etkisizdi ve neyin siyasî olduğu kararını verme yetkisi münhasıran partiye aitti^[33]. Bu ideolojiyi eleştirmek yasaktı ve rejim karşıtları, olağanüstü halin verdiği yetkinin vahşice kullanılmasıyla bertaraf edilmekteydi^[34]. İnsan, devletin amaçlarını gerçekleştirmenin bir aracıydı. Nitekim “*Sen hiçbir şeysin, halkın her şeydir (Du bist nichts, dein Volk ist alles)*” sözü Hitler

[30] Tomasz Giaro, “Über methodologische Werkmittel der Romanistik”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 133, 2016, s.191.

[31] Nasyonal sosyalist ideolojinin felsefi, edebî, dinî ve kültürel alt yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emrah Şimşir, “Nasyonal Sosyalizm ve III. Reich Dönemi Almanyası’nda Siyasî Sistem”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2015, s.81-89.

[32] Nurhayat Çalışkan Akçetin, “Martin Heidegger ve Nasyonel Sosyalizm: O Bir Nazi Miydi?”, *Humanitas*, Cilt 4, Sayı 8, 2016, s.49-50.

[33] Ernst Fraenkel, *İkili Devlet, Diktatörlük Teorisine Bir Katkı*, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2. Baskı, 2020, s. 87-89.

[34] *Ibid.*, s. 60, 68; Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin, “Nazi Almanya’sında Hukuk ve Holokost,” Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.11.

Almanya'sının sloganıdır^[35]. Bütün ideolojilerin gölgelendiği totaliter devlet sistemlerinden elde edilen tecrübe, münferit bireyin haklarının düzenli olarak elendiği veya sınırlandırıldığıdır. Kişilik haklarının yerini toplum düşüncesi alır. Çünkü, totaliter sistemler hakkın kullanıldığı ve korunduğu serbest alanı, kendi toplum ideolojilerine dayanarak daraltırlar^[36].

Nasyonal sosyalist ideoloji, devletten bağımsız bir alanı tanımamakta, devlet ve toplum, hukuk ve gelenek, kamusal alan ve bireysel alan, insanî ve toplumsal varoluşun diğer alanları ayırımını yapmadığı için, hukuk ve akıldan uzaklaşma tehlikesini de beraberinde getirmekteydi^[37]. Çünkü nasyonal sosyalizmde hukuk; Alman ırkının ruhundan doğan adalet duygusuna dayanan, ahlâk, toprak ve kan birliğinden oluşan millî toplumun etnik yaşam düzeni olarak tanımlanmaktaydı^[38]. Bu tanım, hukuka aykırılıkları da beraberinde getirmekteydi. Alman ırkının üstünlüğü, önderin ilkeleri gibi ideolojik dogmalar, kamusal, toplumsal ve özel alanlarda ahlakî ve hukukî bir sınır olmaksızın zorla icra ediliyordu^[39]. Nasyonal Sosyalist Devlet, bütüncül bir hukuk sistemine de sahip değildi. Hukuk, ideoloji doğrultusunda biçimlendirilmeye çalışıldığı için, sağlamaştırılmak istenilen parti, devlet, aile, çiftlik ve iş gücü alanlarında parça parça düzenlemeler yapılmış olup dağınık bir görünüm arz etmekteydi^[40]. 1920'de yayımlanan 25 maddelik Parti Programı'nda yer alan bazı düzenlemelere; Roma hukukunun yerini

[35] Bernd Rüthers, Christian Fischer ve Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, München, Beck, 8. überarbeitete Auflage, 2015, s. 349; Çalışkan Akçetin, *op.cit.*, s. 49-51.

[36] Yasemin Işıktaç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Sayı 11, 2005, s.142-143.

[37] Başka bir bağlamda bkz. Ulrich von Lübtow, "De iustitia et iure", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 66, 1948, s.482-484.

[38] Jan Schröder, "Legal Methodology in the German Dictatorships," *Juridica International*, Sayı 26, 2017, s.17; Henri Donnedieu De Vabres, "Nasyonal Sosyalist Alman Ceza Hukukunun Kaynakları ve «Halkçı» Nasyonal Sosyalist Alman Ceza Hukuku", Çev. Sulhi Dönmezer, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 9, Sayı 1-2, 1943, s. 302.

[39] Rüthers, Fischer ve Birk, *op.cit.*, s.349.

[40] Schröder, *op.cit.*, s.24.

Alman ortak hukukunun (*deutsches Gemeinrecht*) alacağı, toprak reformu gereğince bir bedel ödenmeksizin özel mülkiyete konu olan mallara el konulacağı, büyük mağazaların kamulaştırılacağı, materyalist-Yahudi ruhuyla mücadele edileceği, gençliğe beden eğitimi yaptıran kuruluşları desteklemek suretiyle millî sağlık standartlarının yükseltileceği, anne ve bebekleri korumak için özel düzenlemeler getirileceği gibi örnekler verilebilir^[41].

Hukuk; Nasyonal Sosyalist Devlet'in kurucusu Hitler'in dünya görüşünün yürürlüğe girebilmesi için yaptığı savaşa hizmet eden araçlardan biriydi^[42]. Alman Halkı'na düşman olan Yahudilerin öldürülmesi, bütün yaşam alanlarının egemenlik altına alınması, cebirle homojenleştirilmiş bir ulus temeline dayalı, güçler ayrılığının bulunmadığı, önderin ilkeleri doğrultusunda devlet ve toplumun yönetilmesi gibi bir dünya görüşü^[43].

Nasyonal Sosyalist Devlet'in bu kadar güçlenmesinde, "hukuksuz kanun"ların çıkarılmasında hukukî pozitivizmin hukuka bakışı etkili olmuştur^[44]. Hukukî pozitivizm, hukuku, sadece devletin iradesinin ortaya konulmasına yarayan siyasî ve sosyal bir araç, bir teknik olarak algılayan görüşün oluşmasına yol açmıştır. Bu anlayış, tarihsel süreç içerisinde modern devletin yaşadığı krizler nedeniyle hukuk devletinden totaliter devlete evrilmesine yol açmıştır^[45]. Bu süreçte hukukî pozitivizm, totaliter rejimleri hem iktidara getirme hem de iktidarda tutmaya katkı sağlamıştır. Çünkü, hukukî pozitivizm, hukuku, siyasî iktidarın iradesine indirgemiş ve bağlı kılmış;

[41] Şimşir, *op. cit.*, s.96-97.

[42] Bir avukatın bayramlarda gamalı haçlı bayrak asmamanın hukukî bir ödev olmadığı ve fakat *Führer*'e (lider, önder) bağlılığın bir göstergesi olduğu, asmayanların Gestapo (Gizli Devlet Polisi) tarafından toplama kamplarına götürülmesinin nasyonal sosyalist eğitime katkıda bulunacağı önerisi için bkz. Fraenkel, *op. cit.*, s. 91.

[43] Rütters, Fischer ve Birk, *op. cit.*, s.350; Şimşir, *op. cit.*, s.106-108; Hubert Rottleuthner, "Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti", Çev. Füsun Uyanış, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Sayı 3, 1996, s.54.

[44] Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Hukuk Metodolojisi*, C. II, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.55; Ralf Dreier, "Hukuk Kavramı", Çev. Altan Heper, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Sayı 2, 1994, s.10-11.

[45] Niyazi Öktem, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XLIII, Sayı 1-4, 1978, s.294-295.

siyasî iktidarın siyasî ve ahlakî tercihlerinin hukuk kuralı halini almasına yol açmış; siyasî iktidarın ideolojisini yüceltmüş ve onaylamıştır^[46].

Nasyonal sosyalist iktidar döneminde insanlar işkenceye, baskıya tabi tutulmuş, toplama kamplarında toplu katliamlar gerçekleştirilmiştir. Bu süreç, hukukî pozitivizmin biçimci adalet anlayışına^[47] uygun olarak çıkarılan kanunlarla yürütülmüş ve dünya, kanunun şiddetini görmüştür. Bu süreçte hukukî pozitivizm yine aynı tavrını sürdürmüş, hukuk normunun içeriği ve değeri sorununun hukuk biliminin konusunu oluşturmadığı savını yinelemiş; kanunun şiddetini önlemede yetersiz kaldığı gibi, bu şiddeti sınırlamada da hareketsiz kalmıştır^[48]. Gizli Devlet Polisi (Gestapo) Yasası'nın 7. maddesi hükmü gereğince polis faaliyetlerinin idarî yargı denetiminin dışına çıkarılması örnek olarak verilebilir^[49]. Bu hukuk okulunun bakış açısıyla bakılacak olursa, Nazi yönetimi altındaki insanlık dışı olaylar, Devlet iktidarının emirleriyle örtüldüğü sürece hukuka aykırı olarak nitelendirilemez^[50].

Nasyonal sosyalist iktidar döneminde çıkarılan ve hukuktan uzak kanunlara, Aryan kökenli olmayanların emekli edileceğine ilişkin “Kamu Görevlilerinin Yeniden Tesisine İlişkin Kanun (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*)” ve Yahudiler ile Alman kanından veya akraba kandan

[46] Selâhattin Keyman, “Hukukî Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1978, s.34-36.

[47] Bu anlayışa göre, göre, kanuna uygun olan davranış adildir. Norma uygun davranış adaleti sağladığına göre, bu, hukukun düzeni sağlama işlevine de uygundur. Çünkü, düzen, kuralların mahiyeti ile değil, varlığı ile sağlanır. Unutulmamalıdır ki hukukun işlevi sadece düzen kurmak değil, aynı zamanda ahlâken iyi bir düzen oluşturmaktır (bkz. Işıқтаç, “Hukuk Felsefesi Açısından”, *op.cit.*, s.142).

[48] Altan Heper, “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya’da Hukuk Felsefesi,” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi* Arkivi, Sayı 20, 2010, s.133-134.

[49] Ayrıntılı bilgi için bkz. Fraenkel, *op.cit.*, s. 69-74.

[50] Wolfgang Waldstein, “Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Sayı 17,1967, 23-24. Waldstein’in haklı olarak saptadığı gibi, “Avrupa’nın göbeğinde, Berlin Duvarı’nın önünde savunmasız insanlar devletin hukuk normuna dayanarak öldürülmüştür.” (Bkz. Waldstein, “Vorpositive Ordnungselemente”, *op.cit.*, s.24). Yazara bu sözü söyleten, Doğu Alman Sınır Muhafaza Yasası’nın, sınırı izinsiz geçmek isteyenlere ateş açılacağını düzenleyen 27. maddesidir.

gelen vatandaşlar arasındaki evliliği yasaklayan “Alman Kanını ve Alman Onurunu Koruma Kanunu (*Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*)” örnek olarak verilebilir^[51]. İnsancılıktan uzak, belirli bir ırkın üstünlüğü fikrini hayata geçiren bu kanunlar, salt kanun koyucunun iradesini yansıttığı için pozitivistler tarafından desteklenmiştir. Keza, hukuk, *Führer*’in emirleri olarak algılanmış^[52]; halkın hukukî kanaatini hâkimden daha iyi bileceğinden hareketle hukuk, liderin iradesi ve nasyonal sosyalist ideoloji doğrultusunda yorumlanmıştır^[53].

Hukuk aracılığıyla hukuksuzluğun yolu, nasyonal sosyalist kanun koyucunun çıkardığı kanunlarla, *Führer*’in iradesine uygun olarak verilen yargı kararlarıyla^[54], hukuk idesinin Alman halk ruhu ve bilinci olarak belirlenmesiyle ve öğretinin bunu desteklemesiyle açılmıştır^[55]. Millet Mahkemesi

[51] Raphael Gross, “Suçluluk, Utanç, Öfke ve İnfial”, Çev. Kivilcim Turanlı, in *Nazi Almanyasında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.118-119; Bernd Rütters, “Recht als Waffe des Unrechts—Juristische Instrumente im Dienst des NS-Rassenwahns”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, s.2826; De Vabres, *op.cit.*, s.307-309.

[52] Nazilerin yargılandığı Nürnberg Duruşmaları’nda hukukçuların savunmasının dayanağını, yasama, yargı ve yürütmenin tek elde toplandığı liderlik ilkesi (Führerprinzip) oluşturmuştur (ayrıntılı bilgi için bkz. Harry Reicher, “İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak”. Çev. Kivilcim Turanlı, in *Nazi Almanyasında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 167-191.

[53] Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Schröder, *op.cit.*, s.17-23; Fraenkel, *op.cit.*, s. 42-43; Antalya, *op.cit.*, s.56.

[54] Ulrich Stock’un “Hâkim, yetkisini, sadece ona karşı sorumlu olduğu Führer’in emrinden alır,” ifadesi ve görüşü hakkında bkz. Zoltán Végh, “Römisches Recht und Nationalsozialismus Gedanken zur Universalität des Römischen Rechtes”, *Journal on European History of Law*, Cilt 2, Sayı 1, 2011, s.8.

[55] Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert D. Rachlin, “Roland Freisler ve Volksgerichtshof”, Çev. Kivilcim Turanlı, in *Nazi Almanyasında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.80-109; Rütters, “Recht als Waffe”, *op.cit.*, s.2827-2834; Şimşir, *op.cit.*, s.107-108; Rortleuthner, *op.cit.*, s.54.

(*Volksgerichtshof*)^[56], göstermelik duruşmalarla verdiği “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini açıkça ihlal eden keyfi idam cezası kararlarıyla ibret verici bir örnek olarak zikredilmektedir^[57]. Keza, yargıca, kanunu değil, suçluların toplumdan uzaklaştırılması düşüncesini düstur edinmesi ve “halkın sağlıklı vicdanına göre” karar vermesi emredilmiş, yargıçlar da bu emre itaat etmekte tereddüt etmemişlerdir^[58]. Adaletsizliğin tarihini, ilgili karakterlerin ahlâken eksikliklerine ve kusurlarına bağlamaya yönelik yaygın bir eğilim vardır. Sistemsel faktörlerin analizi sıklıkla geri planda kalır. İnsanlık tarihi, her toplumda bu tür ayrımcılığın gizli bir tehlike olarak var olduğunu göstermiştir. Sonuçta, nasyonal sosyalist ideolojiyi Hitler tek başına yaratmadı^[59].

B) ÖZEL OLARAK ROMA HUKUKUNA BAKIŞI

1- Roma Hukukunun Alman Hukukuna Etkisi

Kıta Avrupası özel hukuk sistemi içerisinde yer alan Alman hukukunda Roma hukukunun etkisi çok fazladır. 15. yüzyıldan itibaren burjuvazinin isterlerini ve gereklerini karşılayamayan gelenek hukukunun yerini Roma hukuku almaya ve Ortak hukuk adı altında Cermen kavimlerinde uygulanmaya başlamıştır. Alman hukuku hem kurum, kavram ve ilkeler hem de hukukî düşünüş tarzı bakımından Roma hukukundan etkilenmiş ve beslenmiştir^[60].

[56] Mahkeme, 25 Ocak 1985'te Batı Almanya Federal Meclisi tarafından “terör aracı” olarak nitelendirilmiştir (Rachlin, *op.cit.*, s. 105).

[57] Rachlin, *op.cit.*, s. 81-82.

[58] Rachlin, *op.cit.*, s. 85-87.

[59] “Ulusal Uyanış” olarak nitelendirilen bu sürece toplumdan hemen hemen her kesimin (bürokratlar, hukukçular, doktorlar, askerler, polisler, mühendisler) verdiği destek hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konrad H. Jarausch, “Suç Ortaklığı Muamması”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya'sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.25-50; Hans-Christian Jasch, “Kamu Görevlisi Hukukçular ve Holokost”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya'sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.51-79; Gross, *op.cit.*, s.110-128; Rachlin, *op.cit.*, s. 108-109.

[60] Wenger, *op.cit.*, s.111; Güven, *op.cit.*, s.843-845.

16. yüzyıldan itibaren Almanya'da Roma hukukunun iktibası gerçekleşmiş, Roma hukukunun imparatorluk hukuku olarak uygulanacağı kabul edilmiş; Alman Yüksek Mahkemesi'ne (*Reichskammergericht*), sorunun yerel hukuklarda düzenlenmemiş olması ya da düzenlemenin somut olayda anlamlı bir karar temeli oluşturmaması hallerinde Ortak hukuku (Roma hukukunu) uygulama yetkisi verilmiştir^[61].

16.yüzyıldan 18.yüzyıla değin *usus modernus Pandectarum* (*Pandectae*'ın modern yöntemle uygulanması ya da Roma hukukunun modern zamanlara intibak ettirilmesi) olarak adlandırılan bu dönemde Roma hukuku, yerel hukukla birlikte uygulanmış; uygulanma olanağı olmayan kurallar ayıklanmış, erken modern *dönemin ekonomik ve sosyal ilişkilerine* uygun olan Roma hukuku kuralları benimsenmiş; benimsenen Roma hukuku yerel hukukla karışmış ve mahkeme kararlarına da yansımıştır^[62].

Roma hukuku Alman halk ruhundan^[63] doğmamış olmakla birlikte yüzyıllar boyunca yerel hukukun yanında uygulandığı için halka mal olmuştur. Roma hukuku, *Pandekt* hukukçuları tarafından sistematik olarak incelenmiş; *Jhering, Windscheid, von Tuhr, Dernburg* gibi *Pandekt* hukukçuları tarafından özel hukuk sistemi yaratılmış ve özel hukuk kavramları gün ışığına çıkarılmıştır. *Pandekt* hukukçuları, Romalı hukukçuların tek tek olaylara özgü çözümlerini soyutlayıp genelleştirmiş ve yasa kuralı olmaya elverişli hale getirmişlerdir^[64].

Alman Medenî Kanunu (BGB), *Pandekt* hukuk biliminin etkisi altında kalan akademisyenler tarafından hazırlanmıştır ve *Pandekt* hukuk biliminin

[61] Végh, *op.cit.*, s.3; Söllner, *op.cit.*, s. 67.

[62] Spengler, *op.cit.*, s.51; Söllner, *op.cit.*, s. 68.

[63] Tarihçi hukuk okulunun en önemli temsilcisi olan *Savigny*'e göre, bir milletin bireylerini bir arada tutan ve nesilden nesile devam eden ortak bir millî ruh/halk ruhu (*Volksgeist*) vardır. Bu millî ruh, bireylerin ortak gereksinimlerinin, ortak inançlarının, aynı yaşam koşullarında yaşamalarının sonucudur. Hukuku doğuran da bu benzer ihtiyaçların yarattığı ortak duygudur (ayrıntılı bilgi için bkz. Akbaş, *op.cit.*, s.59-62). *Savigny*, halk ruhunu Cermen hukukunda değil, Roma hukukunda görmüş ve çalışmalarını *Digesta* üzerinde gerçekleştirmiştir Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku," *op.cit.*, s. 3160.

[64] Baldus, "Grenzbestimmung," *op.cit.*, s.187; Güven, *op.cit.*, s.849-850; Spengler, *op.cit.*, s.51-52.

yasa formuna bürünmüş biçimdir^[65]. Soyut kavramların kullanıldığı, teknik açıdan sağlam, soyut hukukî düşünmenin egemen olduğu, didaktik yönü ağır basan, yüksek Almanca ile kaleme alınmış bir metindir^[66]. Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Roma hukuku, artık pratik olarak uygulanan bir hukuk olmadığı için yerini kaybetmiş ve hukuk tarihinin bir kolu olarak sadece üniversitelerde bir yer edinebilmiştir^[67].

2- Düşmanlaştırılan Roma Hukuku

Alman Medenî Kanunu'nun hazırlık aşaması yüz yıl sürmüştür. 18. yüzyılın başlarında Romanistler ve Cermenistler, yürürlükte olan hukukun tarihsel temellerini ortaya koyabilmek için birlikte çalışmışlardır. Tarihçi Hukuk Okulu çerçevesinde Romanistler ile Cermenistler arasında 19. yüzyıldan itibaren çatışma başlamış; bu görüş ayrıklığının temelini de Alman halk ruhundan doğan hukukun toplumcu, Roma hukukundan gelen kuralların ise bireyci olduğu görüşü oluşturmuştur^[68]. Cermenistler göre Alman hukuku; münferit bireyin iradesinin üzerinde yer alan, toplumun genel ahlâkına dayanan, ahlâkî bir toplum düzeninin ürünüdür. Buna karşın Roma hukuku; bireyselliği talep eden, toplumu, halkı dışlayan bir dünya düzenine hizmet eden, Yahudi anlayışının ürünüdür^[69]. Keza Cermenistlere göre, Roma hukuku Alman Halkına cebir ve şiddet uygulanılarak zorla

[65] Söllner, *op.cit.*, s. 71; Spengler, *op.cit.*, s.51.

[66] Ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, *op.cit.*, s.850-855; ayrıca bkz. Reinhard Zimmermann, "Kodifikasyon. Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi" Çev. Ece Baş Süzel ve Meliha Sermin Paksoy, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt LXXIII, Sayı 2, 2015, s.416-417.

[67] Söllner, *op.cit.*, s. 72.

[68] Valerie Zatloukal, "Max Kasers «Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung» und die «Krise des römischen Rechts» unter der NS-Herrschaft", *Journal on European History of Law*, Sayı 11, 2020, s.16-18.

[69] Görüşler ve yazarlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Végh, *op.cit.*, s.3-6. Bilginin yer aldığı diğer kaynaklar için ayrıca bkz. A. Georgesco, "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi", Çev. Bülent Tahiroğlu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 42, Sayı 1-4, 1976, s.585-587; Christian Baldus, "Römische Privatautonomie", *Archiv für die civilistische Praxis*, Cilt 210, Sayı 1, 2010, s.11, dn. 29.

kabul ettirilmiştir^[70]. Bu bağlamda Cermenistler, Roma hukukuna dayanan *Pandekt* hukuku kavramlarının yerini Alman halk ruhundan ve bilincinden doğan kavramların alması gerektiği doğrultusunda ayak diremişlerdir^[71].

Hukuk tarihi disiplininin Cermenistler kolu, arı ırk kavramının kök salmasına yol açarak^[72] nasyonal sosyalistlere geniş bir alan açmıştır^[73]. Alman Medenî Kanunu'nun Yahudilerin hukuku olan Roma hukukuna dayandığı ve Almanları Yahudileştirerek ekonominin faiz ekonomisine dönüşmesine yol açtığı, savaş sonrası felaketin de bundan kaynaklandığı yüksek sesle ifade edilmeye başlanmıştır^[74]. Ayrıştırıcı unsurun Yahudiler olduğu, çok sayıda başarılı Yahudi avukatın ve profesörün varlığının da Almanların Alman hukukuna yabancılaşmasına kanıt oluşturduğu ileri sürülmüştür^[75]. Bunun için de Roma hukukunun hukuk eğitiminden çıkarılması gerektiği görüşü dillendirilmeye başlamıştır^[76].

Bütün bu gelişmeler, Parti Programı'nın 19. maddesinin “*materyalist dünya düzenine hizmet eden Roma hukukunun Alman hukukundan çıkarılması ve yerine Alman ortak hukukunun konulması*” olarak kaleme alınması

[70] Bilginin aktarıldığı kaynaklar için bkz. Paul Koschaker, “Mukayeseli Hukuk Tarihi”, Çev. Kudret Ayiter, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1954, s.586-587; Végh, *op.cit.*, s.3.

[71] Wenger, *op.cit.*, s.121; Akbaş, *op.cit.*, s.57-59.

[72] Muhammed Tayyip Kılıç, “Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2011, s.270-271.

[73] Getirilmek istenen hukuksal düzen, dönemin hukukçuları ve görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Manfred Messerschmidt, “Die deutsche Rechtsgeschichte unter dem Einfluß des Hitlerregimes”, *Kritische Justiz*, Cilt 21, Sayı 2, 1988, s.121-136.

[74] Beggio, *op.cit.*, s.296-297, dn. 11. Zatloukal, *op.cit.*, s.19.

[75] Alfred Rosenberg'in görüşü için bkz. Végh, *op.cit.*, s.7; ayrıntılı bilgi için bkz. Douglas G. Morris, “Ayrımcılık, İtibarsızlaştırma, Meydan Okuma”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanyasında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Sapıtılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.129-166.

[76] Végh, *op.cit.*, s.2, 5 ve 7; Spengler, *op.cit.*, s.64.

sonucunu doğurmuştur^[77]. Parti Programı'nın 19. maddesi gereğince hukuk bilimi, Alman ruhuna, Alman imparatorluğuna, nasyonal sosyalist harekete hizmet etmekle yükümlü tutulmuştur. Keza hukuk bilimine; bireysel menfaat temeline dayalı Roma hukuku kökenli kanunların, Alman hukukunun temel özelliği olan onur ve sadakat doğrultusunda yeniden kaleme alınması, Alman yaşamından ve düzeninden kaynaklanmayan metot, sistem ve geleneklerin ayıklanması, Yahudi olmayan ve sermayesiz bir hukuk oluşturma emri verilmiştir^[78].

Bu süreçte nasyonal sosyalistlerin emrinde çalışan Romanistler olduğu gibi, çalışmalarıyla bu görüşü destekleyenler, keza karşı duruş sergileyerek direnen ve yaşamlarıyla ödeyenler de olmuştur^[79]. Alman ortak hukukunun yeniden inşasına katkıda bulunan Roma hukukçuları arasında *Hans Kreller*, *Ernst Schönbauer* ve *Heinrich Lange* yer alır. Bu hukukun teorisyenleri arasında yer alan *Carl Schmitt*'in kendini meşrulaştırmak için “ben bir teorisyenim, salt bir bilim insanı ve akademisyenden başka bir şey değil,” sözlerini bir kez daha hatırlatmakta yarar görüyoruz.^[80] Topluluğun dışında yer almakla birlikte çalışmalarıyla dışarıdan destek verenler, rejimle uzlaşanlar arasında

[77] Theo Mayer-Maly, “Vergleichende Beobachtungen zur Behandlung des römischen Rechts im deutschen und im österreichischen Rechtsunterricht”, *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, Sayı XI, 1964, s.396; Zatloukal, *op.cit.*, s.18.

[78] Ralf Kohlhepp, “Franz Wieacker und die NS-Zeit”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 122, 2005, s.203; Messerschmidt, *op.cit.*, s.124; Végh, *op.cit.*, s.2, 7; Schröder, *op.cit.*, s.22.

[79] Stephen Brassloff 1942'de Theresienstadt'da öldürülmüştür (ayrıntılı bilgi için bkz. Franz-Stefan Meissel, *Römisches Recht und Erinnerungskultur–Zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875-1943)*, Wien: Vienna Law Inauguration Lectures = Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität, 2008) https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_roemisches_recht/Publicationen/Roemisches_Recht_und_Erinnerungskultur.pdf [E.T. 29.10.2023].

[80] Carl Schmitt'in hayatı, eğitimi, görevleri ve nasyonal sosyalizme hizmet eden görüşleri hakkında bkz. Manfred Wiegandt, “Ich bin Theoretiker, reiner Wissenschaftler und nichts als Gelehrter”: Ein Lebensbild Carl Schmitts”, *Juristische Schulung*, Cilt 36, Sayı 9, 1996, s.778-781.

Levy, Wieacker ve Romanist olmamakla birlikte rejimin destekçileri arasında önemli bir yeri olan medenî hukukçu *Larenz*^[81] zikredilebilir.

1939 tarihinde *Paul Koschaker*'in kitabı hakkında kısa bir tanıtım yapan *Levy*, hukuk öğreniminde ve avukatlık mesleğinde yararı olmayan Roma hukukunun müfredatta yer alması konusunda ısrar etmenin gereksiz olduğu yönlü bir eleştiri getirerek rejimi desteklemiş ve bunu da Latince şu sözle güzellemiştir: “*Amicus mihi Plato, magis amica veritas (Platon dostumdur, ama hakikat daha iyi bir dosttur)*”^[82].

Wieacker'in nasyonal sosyalist dönemdeki görüşleri ile bu dönem sonrası görüşlerinin farklı yönde geliştiğini belirtmek gerekir. Nasyonal sosyalizm döneminde Alman Devleti'nin ve toplumunun hukuk alanındaki yenilenme siyasetine ve hukuk dilindeki değişim sürecine, politik duruşu açıkça nasyonal sosyalist olan dergilerde makaleler yayımlamak suretiyle ciddi katkı sağlamıştır^[83]. *Wieacker*, Romalı hukukçular üzerine yazdığı 1939 tarihli makalesinde^[84], “Almanya’da Roma hukukunun benimsenmesi, aynı yük-

[81] *Canaris*'in hocası *Larenz*'in hayatı ve eserleri hakkında verdiği konferans üzerine *Rüthers*, *Larenz*'in nasyonal sosyalist iktidar döneminde özel hukuk kavramlarının içeriğini rejimin isteği doğrultusunda belirlemesini ve kanunları bu doğrultuda yorumlamasını eleştirmiş, *Canaris*'i de izinden gitmekle itham etmiştir. Makale için bkz. Bernd Rüthers, “Personenbilder und Geschichtsbilder—Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrai”, *Juristen Zeitung*, Cilt 66, Sayı 12, 2011, s.593-601. Bu yazı üzerine *Canaris*'in verdiği cevap için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, “Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus” durch ein Porträt von Karl Larenz? Wider einen Versuch “unbegrenzter Auslegung” eines wissenschaftlichen Textes”, *JuristenZeitung*, Cilt 66, Sayı 18, 2011, s.879-888. *Canaris*'e cevaben *Rüthers*'in yazısı için bkz. Bernd Rüthers, “Die Risiken selektiven Erinnerns—Antwort an C.-W. Canaris”, *JuristenZeitung*, Cilt 66, Sayı 23, 2011, s.1149-1151.

[82] Ernst Levy, “Reviewed work(s): Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft by Paul Koschaker”, *The Classical Weekly*, Cilt 33, Sayı 8, 1939, s.91-92.

[83] Kohlhepp, *op.cit.*, s.204-207; Tomasz Giaro, “A matter of pure conscience? Franz Wieacker and his conceptual change”, *Studia Iuridica*, Sayı 82, 2019, s.10-14.

[84] Makale için bkz. Franz Wieacker, “Vom Römischen Juristen”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Cilt 99, Sayı 3, 1939, s.440-463.

seklkte bir pratik hukuk sanatı üretilebilecek koşullara zarar vermiştir” değerlendirmesini yapmıştır^[85].

Uzun süre Alman üniversitelerinde ders veren Avusturyalı Roma hukukçusu *Koschaker*, totaliter bir ulus inşa etmeyi ve bireysel hakları yıkmayı amaçlayan Nazi partisinin getirmek istediği mülkiyet anlayışına karşı çıkmıştır^[86]. *Wieacker*, *Koschaker*’in görüşlerini “ölü ideallere hürmet” ve “modası geçmiş ideallerin devamı” olarak niteleyerek rejimi güçlendirmiştir^[87].

Wieacker’in 1949’lardan itibaren bir arınma sürecine girdiğini, bireyci liberal bir çizgide ilerlediğini, çalışmalarından hareketle söylemek olanaklıdır^[88]. Bu tarihten itibaren Alman halk ruhuna dayanan millî hukuk fikrinden uzaklaşmış ve Roma hukukundan gelen Avrupa hukuku fikrini destekleyen çalışmalar yapmıştır^[89]. 1954’te *Schwarz*’ın ölümünden sonra anısına ayrılan dergi sayısında, Roma hukuku geleneğine dayanan Ortak hukuku (*Ius Commune*), “özel bir milliyetçilik veya totaliter kökenli herhangi

[85] *Wieacker*, “Vom Römischen Juristen,” *op.cit.*, s.462.

[86] *Koschaker*, doğrudan rejimin karşısında yer almamış olmakla birlikte, çalışmalarıyla rejimin ideolojisini yüceltmemiş; Roma hukukunun Avrupa hukuk düşüncesindeki yerini ve önemini, dogmatik hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve tarihsel hukuk bakış açılarıyla açıklamıştır [Beggio, *op.cit.*, s.300; Franz-Stefan Meissel ve Stefan Wedrac, “Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes”, in *Vertriebenes Recht-Vertreibendes Recht Band 2, Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945 Juridicum Spotlight II; Diskussionsforum der Rechtswissenschaftlichen Fakultät*, Franz-Stefan Meissel, Thomas Olechowski, Ilse Reiter-Zatloukal ve Stefan Schima (Ed.), Wiener, Manz-Verlag, 2012, s.22-23].

[87] Bkz. Franz *Wieacker*, “Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung”, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, Sayı 6, 1939, s.403-406.

[88] Akademisyenin (*Koschaker* özelinde) görüşlerine, sorumluluk sahibi bir politikacının kulak vermesi gerektiği tavsiyesinde bulunduğu kitap incelemesi için bkz. Franz *Wieacker*, “Reviewed work(s): Europa und das römische Recht by Paul *Koschaker*”, *Gnomon*, Cilt 21, Sayı 5-6, 1949, s.187-193. Roma hukukunun önemi ve günümüz hukuk düzenlerine etkisi hakkında bkz. Franz *Wieacker*, “The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 4, Sayı 2, 1981, s.257-258.

[89] *Kohlhepp*, *op.cit.*, s.223.

bir pozitivistizm karşı koruyucu bir araç” olarak nitelendirmiştir^[90]. Geçmişle yüzleşerek *Wieacker*'in nasyonal sosyalizmin hukuk anlayışına katkıda bulunduğu saptamasını yapmak ne kadar yerinde ise, onun, çağımızın çok önemli Romanistleri arasında yer aldığı ve Roma hukukuna olağanüstü katkıda bulunduğu gerçeğini zikretmek ve hakkını teslim etmek de o kadar gereklidir^[91].

III. ROMA HUKUKUNUN EVRESELLİĞİ

A) ROMALI HUKUKÇULARIN HUKUK, ADALET VE HAKKANİYET ANLAYIŞI

Cicero, *res publica*'yı senato (*senatus*), *magistra*'lar, hukukçular (*iudicia*) ve kanunlardan (*leges*) oluşan bir yapı olarak tanımlar ve ona göre, bu kurumlar olmadan *res publica*'dan söz edilemez.^[92] Bundan da anlaşılabilir, *Cicero* ve Romalılar için *res publica*, her şeyden önce bir hukuk düzeni olarak düşünülmekte ve görülmektedir.

Romalı hukukçuların hukuktan ne anladığını zikretmekte yarar görüyorum. Hukuk (*ius*) kavramının en bilinen tanımı, Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Celsus*'a aittir. *Digesta*, *Ulpianus* tarafından aktarılan bu tanımla başlar. *Digesta* 1.1.1. paragraftaki tanıma göre hukuk; iyiyi, adili ve doğruyu gerçekleştirme sanatıdır (*ius est ars boni et aequi*). *Celsus*'un tanımı ustalıklıdır. Çünkü *Celsus*, sadece normlardan, yani bir anlamda biçimden oluşan hukuku, ete-kemiğe, ruha büründürmüştür. Hukukçunun var olan hukuk kurallarını kıyas yoluyla benzer olaylara uygulayarak hukukî sorunları çözüme kavuşturması ya da yeni hukukî yapılar ortaya koyması, hukukun bir

[90] Franz Wieacker, “In memoriam Andreas Bertalan Schwarz”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 71, 1954, s.602-605.

[91] *Wieacker*'in yaşamı ve çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Detlef Liebs, “Franz Wieacker (1908 bis 1994) Leben und Werk”, in *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Okko Behrends (Ed.), Göttingen, Wallstein Verlag, 2010, s.23-48; Ville Erkkilä, “Roman Law as Wisdom: Justice and Truth, Honour and Disappointment in Franz Wieacker's Ideas on Roman Law”, in *Roman Law and the Idea of Europe*, Kaius Tuori ve Heta Björklund (Ed.), London, Bloomsbury Academic, 2019, s.201-220; Okko Behrends, “Franz Wieacker 5.08.1908-17.2.1994”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 112, 1995, s.XIII-LXII.

[92] *Cicero*, *de re publica* 1.39.

sanat olarak nitelendirilmesini sağlamıştır^[93]. Hukukun uygulanmasının bir sanat olarak ortaya çıkması; hukukun düzen sağlama ve onu kontrol etme, pratik yaşamın gereksinimlerini karşılama ve adalete yönelme işlevleri arasında dengeli bir ilişki ortaya konulabilmesi anlamındadır^[94]. Hukukçunun işlevi, bir zanaatkâr gibi, hukuku bütünleştirmek ve onu sosyal koşullara uygun hale getirmektir.

Celsus'un tanımını tahlil eden *Lübtow*'a göre, hukuk, insana ilişkin hukukî ilişkiler arasında denge kuran, onurlu insanın (*vir bonus*) aklından ve hak duygusundan kaynaklanan normlardan oluşan bir sistemdir^[95]. *Naturalis ratio* (doğal akıl); hukukî terbiyeyle biçimlenmiş sağduyunun/aklıselimin (*common sense*), sağlıklı hukukî düşünen insanın (*vir bonus*) aklıdır. *Vir bonus*'un özellikleri ve davranışları da *bona fides*'in içeriğini oluşturmaktadır^[96]. Bu tanıma göre, hukuk ne normlar kompleksi ne de öğrenilmiş bir disiplindir; aksine, aklî bir olgudur^[97].

Tanımda yer alan *aequitas/aequum* kavramı somut olay adaletinin; *bonum* kavramı ahlaken doğru olandan öte, karakter sağlamlığının ve güvenilirliğin ifadesidir. Roma düşüncesinde “*bonum et aequum*”, belirli, münferit bir hukukî uyumsuzluğun insafli, makul, akla uygun ve adil bir çözüme kavuşturulması olarak anlaşılır.^[98] Bu metinde “*bonum et aequum*” kavramlarının kullanılması, ahlâkın hukuksallaşmasına tanıklık etmektedir^[99]. *Celsus*'un tanımında “*bonum et aequum*” genel bir hakkaniyet ilkesi olarak işlev görmemekte, aksine hukukun kötü uygulanmasına karşı kullanılan son çare (*ultima ratio*) olarak belirlemektedir. Çünkü, hukukun son şeklini tasarımcı

[93] Lübtow, *op.cit.*, s.518.

[94] Yasemin Işıқтаç, Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998, passim; Işıқтаç, “*Hukuk Felsefesi Açısından*”, *op.cit.*, s.150-151.

[95] Lübtow, *op.cit.*, s.532.

[96] Theo Mayer-Maly, “Vom Rechtsbegriff der Römer”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Sayı 9, 1958, s.158.

[97] Ibid, s.157.

[98] Ibid, s.158.

[99] Giaro, “*Dogmatische Wahrheit*”, *op.cit.*, s.23.

bir hakkaniyet değil, ahlâk ve metotla olgunlaşmış hukukçular verir. Bu bağlamda, bu metinden anlaşılan, Klasiklerin, kökenini adaletten alan bir hukuk tanımından hareket ettikleri; adaleti, genelin yararını sağlayan objektif bir değer olarak addedip despotik gücün keyfiliğine karşı koruduklarıdır^[100].

Digesta 2.1.1.pr.'da *summa aequitas* olarak ifade edilen altın kuralı da belirtmek gerekir. *Digesta*'nın bu bölümünün başlığı şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Bir başkasının hakkını teslim edeceklerin uyması gerekenler*”. Bu kural, hukuk uygulamasının eşit olduğuna ve hukukun keyfî uygulanmasının yasak olduğuna işaret eden ilkedir. Aynı durumda bulunanlara aynı hakkın verilmesi gerektiğini belirten metin, hukukun uygulanmasında eşitlik ilkesinin gözetilmesi gerektiğini zikretmektedir. Aynı hakkın kendisine verilmesini kim reddetmek ister ki?^[101]

Roma özel hukuku, hukukçular hukuku olup bir kodifikasyon içerisinde sistemleştirilmiş değildir. Aksine uygulama içerisinde, Roma yaşamının ve toplumunun kalbine yerleşen öğretinin verdiği görüşlerle gelişmiş bir hukuktur^[102]. Hukukçuların hukukî soruna ilişkin görüşleri (*auctoritas, responsa prudentium, iuris prudentium*), Roma hukukunun yaratıcı kaynakları arasında sayılmaktadır^[103]. Çünkü, kanunda yer alan ve doğrudan uygulanan hukuk kuralları gibi; öğretinin yorum faaliyeti sonucunda anlamı belirlenerek somutlaştırılan, bazen genişletilerek bazen de daraltılarak oluşturulan hukuk kuralları (*regulae*) da kanun gibi bağlayıcılığa ve geçerlilik gücüne sahiptir^[104]. Hukukçular hukuku için yorumun kanun hukuku tarafından

[100] Lübtow, *op.cit.*, s.469, 514; ayrıca bkz. *Digesta 1.1.1.1 (Ulpianus)*.

[101] Knütel, “*Rechtseinheit*”, *op.cit.*, s.252.

[102] Philip Thomas, “*Ars aequi et boni, legal argumentation and the correct legal solution*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 131, 2014, s.57; Baldus, “*Grenzbestimmung*”, *op.cit.*, s. 187; Ayiter, *op.cit.*, s. XV; Zimmermann, “*Römisches Recht*”, *op.cit.*, s.6.

[103] Birincil kaynaklar için bkz. *Cicero, Topik 5.28; Gaius Institutiones 1.2; Digesta 1.2.2.12 (Pomponius); Digesta 1.1.7.pr. (Papinianus); Iustinianus Institutiones 1.2.8.*

[104] Tomasz Giaro, “*Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 111, 1994, s.72-73.

desteklenmesine gerek yoktu^[105]. Onlara göre, kuralın geçerliliğini, lafız boyutu değil, kuralın altında yatan ilke belirlerdi^[106]. Hukukçuların çabası, ilk aşamada kanunun korunması değil, akla uygun ve adil bir çözümün bulunması yönündeydi^[107]. Çünkü, onlara göre, hukuk normunun kaynağı, yaşananın sezgisi, yaşamın gerçek yansımasıydı^[108].

Bu hukukçuların en önemlilerini oluşturan ve hukuksal sorunlara impator adına cevap verme yetkisine sahip olan Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları için, doğal hukuk ya da pozitif hukuk ikiliği geçerli değildi; somut olayın çözümünün olan hukuk içerisinden çıkarılması da gerekli değildi. Çözüm, doğal hukukun normlarında (*ius naturale*)^[109], hukuk ötesi düzen unsurlarında (*bonum et aequum, aequitas, fides, bona fides, iustitia, libertas, pietas, humanitas* gibi), eşyanın doğasında (*rerum natura*) ve insanın doğasında (*humana natura*) bulunabilirdi^[110].

[105] Wolfgang Waldstein, “Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom”, in *De iustitia et iure: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Manfred Harder ve Georg Thielmann (Ed.), Berlin, Duncker&Humblot, 1980, s.125; Giaro, “Geltung”, *op.cit.*, s. 69.

[106] Giaro, “Werkmittel der Romanistik”, *op.cit.*, s.245.

[107] Wolfgang Waldstein, “Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen”, *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Cilt 2, Sayı 15, 1976, s.7; Giaro, “Dogmatische Wahrheit”, *op.cit.*, s.11-12 ve dn. 33.

Klasik Dönem hukukçusu *Paulus*'un hakkaniyete ilişkin sözlerini zikretmekte yarar görüyorum:

Digesta 50.17.90 (Paulus): “Hukukta, her şeyden önce, özellikle, hakkaniyete uyulmalıdır.”

[108] Lübtow, *op.cit.*, s.459, 462-463.

[109] Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi doğal hukuk anlayışının Klasik hukukçuların doğal hukuk anlayışından geldiği ve metinlerin *interpolatio*'ya uğramadığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang Waldstein, “Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 111, 1994, s.1-65.

[110] Wieacker, “Offene Wertungen”, *op.cit.*, s.1-5; Waldstein, “Vorpositive Ordnungselemente”, *op.cit.*, s.6-8; Waldstein, “Entscheidungsgrundlagen”, *op.cit.*, s.4-8; Lübtow, *op.cit.*, s.464-465, 474-475, 519-522.

Klasik Hukuk Dönemi öğretisinin merkezinde, dünyayı anlam boyutu üzerinden bir açıklama çabası değil, sosyal bir varlık olarak insanın, doğasının, değerlerinin ve aklının özelliklerinin biçimlendirdiği mümkün olabilen en iyi dünyaya ve hukuka ulaşma çabası yatar^[111]. Çünkü Klasikler için, hukuk hem zamansal-bireysel (*sub specie momenti*) hem de zamanlar üstü/sonsuz-evrenseldir (*sub specie aeterni*)^[112].

B) PRAETOR'UN HAKKI SÖYLEME YETKİSİ (IURISDICTIO)

Klasik-Öncesi Hukuk Dönemi'nde özel hukukun gelişimini, tanıdığı hukukî koruma yollarıyla gerçekleştiren *praetor*'ları da unutmamak gerekir. Çünkü Roma özel hukuku, kanunlarla değil, yargılama faaliyetinin başında bulunan *praetor*'un tanıdığı hukukî çarelerle uygulama içinde gelişmiştir^[113].

Roma'da yazılı bir anayasa bulunmadığı gibi, erkler ayrılığı ilkesi de bilinmemekteydi. Romalılar, yasama organı olan halk meclislerine kanunlaştırmada sınırlı bir işlev yüklemiş; özel hukuk ve usul hukuku kurallarının yaratılması ve geliştirilmesi işlevini, yargılama yetkisinin sahibi olan *praetor*'lara yüklemişlerdir^[114].

Yukarıda tanımlanan *vir bonus* arasında, hakkı söyleme yetkisini (*iurisdictio*) taşıyan halkın güvendiği kimse olarak ilk sırada *praetor* yer alır. Çünkü, *praetor*, “özel hukukun koruyucusu (*custos iuris civilis*)^[115]”; “özel hukukun yaşayan sesidir (*ius honorarium viva vox est iuris civilis*)”^[116].

[111] Okko Behrends, “Die geistige Mitte des römischen Rechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 125, 2008, s.107.

[112] Lübtow, *op.cit.*, s.526.

[113] Wieacker, “The Importance of Roman Law”, *op.cit.*, s.265-266; Spengler, *op.cit.*, s.56.

[114] Romalıların hukuk yaratan organ olarak *praetor*'a verdikleri güç ve *praetor*'un yargılama alanındaki konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Max Kaser, “Ius honorarium und ius civile,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 101, 1984, s.7-10, 65-73.

[115] Cicero, *de legibus* 3.8.2.

[116] *Digesta* 1.1.8 (Marcianus).

Hakkaniyetin (*aequitas*) sözcüsü olarak kabul edilen *praetor*'lar, yargılama alanındaki faaliyetleriyle önlerine gelen somut olay bağlamında hakkaniyeti sağlamış ve böylece “herkese kendi hakkını verme konusunda kesin ve devamlı irade^[117]” olarak tanımlanan soyut adaleti, somut olay adaleti (hakkaniyet) aracılığıyla gerçekleştirmişlerdir^[118]. Çünkü *praetor*'lar, toplumun yeni ahlakî, sosyal ve ekonomik yapısının gereksinimlerini karşılamış^[119]; *Ius Civile*'nin (vatandaş hukuku) katı şekilciliğini çözmüş; sert kurallarını toplumun vicdanına uygun kılacak hukukî çareler tanımak suretiyle yumuşatmışlardır^[120].

Praetor'lar, hukuk alanındaki güçlerini, önlerine gelen somut olayın çözümünde Cumhuriyet Dönemi hukukçularının^[121] görüşlerine başvurmak suretiyle perçinlemişlerdir^[122]. Sözlü ya da yazılı olarak (*epistulae*) verilen bu hukukî tavsiye, *responsum* ya da *consilium* olarak kaynaklarda yer almakta

[117] Tanımın yer aldığı metin için bkz. *Digesta 1.1.10.pr. (Ulpianus)*.

[118] Havva Karagöz, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s.41, 44.

[119] *Digesta 1.1.7.1 (Papinianus)*: “*Praetor hukuku, Ius Civile*'yi hem tamamlayarak hem de düzelterek onun boşluklarını doldurmak amacıyla genelin yararı için *praetor*'lar tarafından çıkarılan hukuktur...”

[120] Bu gelişimin yansıdığı bazı metinlere örnek olarak bkz. Karagöz, *op.cit.*, s.47-50.

[121] *Veteres* olarak adlandırılan ve laik hukukçular olarak anılan Cumhuriyet Dönemi hukukçuları, Yunan felsefesinin, özellikle de *Aristo* felsefesinin -retorik, gramer, mantık, etik ve diyalektik öğretim bağlamında- etkisi altında kalmışlardır [ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang Waldstein, “Konsequenz als Argument klassischer Juristen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 92, 1975, s.58-56]. Antik dönem hukuk felsefesine derinden bağlı olan bu hukukçular, uygulama içerisinde verdikleri kararlarla bu felsefenin değerlerinin hayata geçirilmesini sağlamışlardır [Giario, “Werkmittel der Romanistik”, *op.cit.*, s.208].

[122] Cumhuriyet Dönemi hukukçularının *formula* yargılamasında hem taraflara hem *praetor*'a hem de yargıca hukukî yardımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Christine Lehne, “Die Stellung der Juristen im Formularverfahren,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 131, 2014, s.216-312; ayrıca bkz. *Digesta 1.2.2.49 (Pomponius)*.

ve somut olaya ilişkin olarak sorulan hukuksal bir soruya, öğretinin verdiği hukuksal cevap olarak tanımlanmaktadır^[123].

Ticarî yaşamın isterlerini ve gereklerini karşılamak için yabancılar *praetor*'unun yargılama faaliyetleri sırasında yarattığı hukukun ifadesi olan *Ius Gentium*'u (halklar hukuku, kavimler hukuku) özellikle zikretmek gerekir. Roma diniyle bağlı ve şekilciliğiyle görünür hale gelen arkaik dönem Roma hukuku, yabancılar *praetor*'u tarafından değiştirilmeye başlanmış; ekonomik özgürlük ve irade özgürlüğü temelinde dayalı *Ius Gentium* oluşturulmaya başlanmıştır^[124]. *Ius Gentium*; şeklin katı kalıplarından arındırılmış, hakkaniyetle sarmalanmış, ticarî yaşamın süratine uygun, devletin gücüne değil, doğal aklın (*naturalis ratio*) gücüne dayanan^[125]; somut olaylara tanınan hukukî çarelerle yabancılar *praetor*'ları tarafından yaratılan hukuktur^[126]. Yabancılar *praetor*'u, vatandaş-yabancı ayrımının dışına çıkarak ticaret yaşamına katılan her özgür birey olarak kabul etmiş ve bireylerin tabi oldukları devletin hukukundan bağımsız olarak, bütün özgür insanları eşit kabul ederek hukuksal koruma sağlayan ve bütün insanlar için uygulanan özel hukuk kurallarını yaratmıştır^[127].

Roma, yaptığı savaşları ya meşru müdafaaya ya da adaletsizliği giderme amacına (*iusta ac pia bella*) dayandırdığı için^[128], Roma'nın barışı tesis etmek

[123] Lehne, *op.cit.*, s.274-275.

[124] Baldus, "Römische Privatautonomie", *op.cit.*, s.8-10.

[125] Waldstein, "Gewohnheitsrecht," *op.cit.*, s.113-114; Wenger, *op.cit.*, s.107-109; ayrıca bkz. Gaius Institutiones 1.1; Digesta 1.1.9 (Gaius).

[126] Kaser, "Ius honorarium" 2-3.

[127] Spengler, *op.cit.*, s.60-62; Kaser, "Ius honorarium", *op.cit.*, s.17-20.

[128] Lübtow, *op.cit.*, s.471.

Romalılarda yaşayan bir hukuk kuralına göre, her şehir devleti başlı başına bir varlıktır ve bu devlet ilahî hukuka karşı koymadıkça ona tecavüz edilemez. "*Kavimlerin birlikte barış in yaşaması*" olarak ifade edilen bu kuralın koruyucusu ise bütün halkların ortak tanrısı, baş tanrı olarak kabul edilen *Iuppiter*'dir. Barışa el uzatan bir şehir devletinin ise varlığının tamamen yok edilmesi, topraklarına el konulması ve halkının köle konumuna getirilmesi gerekirdi [Sabahat Atlan, *Roma Tarihi'nin Ana Hatları*, I. Kısım, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1970, s.58-59].

ve güvenliği sağlamak amacıyla savaşmayı tercih ettiği söylenebilir^[129]. Bu anlayış, *Cicero* tarafından şöyle ifade edilmiştir^[130]:

Cicero, de re publica 3.35: “Bir nedeni olmaksızın açılan savaşlar adaletsizdir. Zira intikam ya da savunma amacıyla olanlar dışında hiçbir savaş adil olamaz.”

Roma'nın egemenliği altına aldığı kavimlerde barışı sürdürme siyaseti ve Yunan felsefesi bir araya gelerek insancılık (*humanitas*) idealini ortaya çıkarmış ve bu yeni fikir, egemenlik altında bulunan bölgelerin ve halkların özel hukuk bağlamında eşitliğini gerçekleştirmeyi hedefleyen bir ahlâkî yükümlülük olarak hukuka yansımıştır^[131]. *Ius Gentium*'un oluşumunda, o döneme egemen olan, bağımsız ve farklı topluluklar içinde yaşayan insan toplumunun aynı beşerî hukukî akıl tarafından düzenlendiği anlayışının etkisi yadsınmaz^[132]. *Naturalis ratio*'ya dayanan bu hukukun kurallarını, dostça, insanca birlikte yaşamın gerekleri ve gereksinimleri belirler. Bu hukuka göre, doğa, evrenin bütün canlıları arasında insanı ayırmış; insana üstün bir değer atfetmiş ve insanlar arasında doğuştan akrabalık gibi bir bağ kurmuştur. Dolayısıyla, her insan, bir diğerini korumak, gözetmek ve onun yaşama hakkına saygı göstermek yükümlülüğü altındadır. Bu düzlemde de insanların birbirlerini öldürmeleri affedilemez bir davranıştır^[133]. Çünkü, doğa, insana, kendini ve insanın oluşturduğu toplumu koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Dolayısıyla, insan, başkasına iyi geleni gözetmek zorundadır. İnsan, idrak yeteneği sayesinde bu yasağı tanımak ve ona uygun davranmak

[129] Dietmar Kienast, “Entstehung und Aufbau des römischen Reiches,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 85, 1968, s.354-356.

[130] Cicero, *Devlet Üzerine*, Çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul, İthaki Yayınları, 1. Baskı, 2014, s.202.

[131] Lübtow, *op.cit.*, s.472.

[132] Behrends, “Die geistige Mitte”, s.33 ve dn. 16; Lübtow, *op.cit.*, s.477-478.

[133] Bu görüşün somutlaştığı örnek metinler için bkz. *Digesta 1.1.3 (Florentinus)*; *Digesta 1.1.1.4 (Ulpianus)*; *Digesta 1.1.6.pr. (Ulpianus)*; *Digesta 1.1.5 (Hermogenianus)*.

zorundadır. O, başkasının yaşamını, vücudunu, özgürlüğünü, sözleşme özgürlüğünü zedeleyemez^[134].

C) ROMALILARIN LEX ANLAYIŞI

Roma hukukunun bireyci, bencil olduğu, toplumu dışladığı eleştirisini, Romalıların *lex* ve *utilitas publica* kavramlarından ne anladıkları sorusunun yanıtıyla karşılayabiliriz. Romalılar, hukuklarının teklifi hususunda hiç şüpheye düşmemiş ve yürürlükte olan hukuku, menfaatler üzerinden ikiye ayırmamışlardır^[135]. Bu kabulleniş temel olarak *lex* kavramına verdikleri geniş anlam gösterilebilir^[136].

En dar anlamda *lex*; genel halk meclisi tarafından çıkarılan kanunun ifadesidir ve sadece *pleb*'leri bağlayan ve *pleb* meclisi tarafından alınan karardan (*plebiscitum*) ayırmak için kullanılır. En dar anlamında olsa dahi *lex*, halk meclisi tarafından çıkarılan, halkın katılımıyla alınan, halk tarafından bağlayıcılığı tanınan kurallardır.

Gaius Institutiones I.3: "Kanun halkın emrettiği ve oluşturduğudur. Plebs'in halktan (populus) ayrıldığı husus, halk tabiri altında, patricius'lar da dahil olmak üzere, bütün vatandaşların toplanmış olmasıdır; halbuki plebs ifadesiyle patricius'lar hariç geri kalan vatandaşlar kastedilir..."

Antik Roma'dan beri genel dil kullanımında *lex*, köken itibariyle, devlet iktidarını temsil eden *magistra*'nın teklifiyle halk meclisinde kabul edilen, yönetici ve vatandaşın bir araya geldiği, kabul eden halk (*populus*) ile devlet

[134] Hans-Peter Benöhr, "Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -Kodifikationen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 93, 1976, s.209, 213-214.

[135] Max Kaser, "Ius publicum und ius privatum", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 103, 1986, s.10-11; On İki Levha Kanunlarını hem kamu hem de özel hukukun temeli olarak gören metin için bkz. *Livius*, 3.34.6.

[136] Ayrıntılı bilgi için bkz. Alfred Manigk, "Privatautonomie", in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, Verlag Hermann Böhlau, I. Band, 1939, s.275-278.

arasında özel hukuk modeli olarak sözleşmeye dayanan devlet gücünün hukuksal fiilidir^[137].

Digesta 1.3.1 (Marcianus): “Hatip Demosthenes kanunu şu şekilde tanımlıyor: Kanun, pek çok nedenden dolayı, ama özellikle de tanrıların bir ilhamı ve armağanı olması, bilge insanların kararı olması ve adaletsizliğe karşı bir baskı aracı olması nedeniyle tüm insanların uyması gerektir. İsteyerek ya da istemeyerek toplum içerisindeki herkesin ona göre yaşamını sürdüreceği, toplumsal bir vatandaş sözleşmesidir...”

Ayrıca *lex*, vatandaşların haksızlığa karşı söz vermesine dayanan bir toplum sözleşmesidir.

Digesta 1.3.1 (Papinianus): “Kanun genel düzenlemedir, akıllı insanların kararıdır, bilerek ya da bilmeyerek yapılan haksızlığa karşı zorlayıcı bir güçtür ve vatandaşların ortak söz vermesidir.”

Bu anlamların yanında *lex*; *magistra*'nın yönetim faaliyeti, özellikle *edictum*'lar, hukukçuların görüşleri, senatonun kararlarıdır. En geniş anlamıyla *lex*, farklı ve çeşitli hukuksal olguların bağlayıcı hukuksal sonuçlarının özüdür. Bu bağlamda da kanunlar (*leges*) hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan kaynaklanabilecek olan hukuk kurallarıdır^[138]. Romalıların bu geniş *lex* kavramı anlayışı, 19. yüzyıldan itibaren günümüz hukuk dilindeki anlamına ulaşmış ve Roma hukukundaki anlamını kaybetmiştir^[139]. Dolayısıyla, Romalılarda özel hukuk, abartılmış bireysel menfaatlerin toplamı değildir^[140].

Utilitas publica (genelin yararı, halkın yararı, kamu yararı); Roma düşün ve hukuk hayatına, *Cicero* ile birlikte *communio utilitatis* (ortak yarar) adı altında, Cumhuriyet Dönemi'nde girmiş ve *Cicero*'nun kullanımında

[137] İpek Sevda Söğüt, “Roma Hukukunda ‘Lex’ Kavramı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s.64.

[138] Manigk, *op.cit.*, s.277.

[139] Manigk, *op.cit.*, s.276.

[140] Georgesco, *op.cit.*, s.589-591; Manigk, *op.cit.*, s.273.

communio utilitatis, Roma halkının, genelin yararadır^[141]. Klasik Dönem hukukçuları da soyut görünmez bir devlet anlayışını değil, Roma Devleti’ni (*res publica*) Roma halkı olarak gören bir anlayışı benimsemişler ve *utilitas publica*’nın içeriğini, devletin (*publicae*) egemenlik yetkisine dayanarak belirlediği amaçlarına göre değil, hukuk yaşamına katılanların yararlarına göre belirlemişlerdir^[142].

Bu bağlamda kamusal menfaat ile bireysel menfaat arasında çatışma değil, örtüşme söz konusudur. Çünkü, her ikisi de toplum yaşamı için, “en iyiyi” bulma çabasıdır^[143]. En iyiyi oluşturmanın yolu ise ortak iyilik ile bireysel iyiliğin uzlaşmasında yatmaktadır^[144]. Özel hukukun kuralları ve kurumları bireysel menfaatlerin tatmin edilmesi için konulmuşsa da bütün olarak özel hukuk düzeni toplumun iyiliğine, ortak yarara dayanmaktadır^[145]. Ortak iyilik, devletin esenliğinin halkın esenliğinde bulunmasıdır. Bu halk özgür olmalı, mutlu ve memnun olmalı, iş, ekmek ve ev sahibi olmalı, kültür sürekli yükselişte olmalı ve diğer halklarla barışçıl ilişkiler içinde olmalıdır. Yine bu anlayışa göre devletin gerçek esenliği adalettir, bu da her bir münferit bireye adil davranmakla gerçekleşir. Adalet ve esenlik arasındaki uyuma ne bireyin devlete ne de devletin bireye feda edilmesiyle mümkündür^[146].

Monarşik İmparatorluk (*Dominatus*) Dönemi’ne değin ortak yarar (*communio utilitatis, utilitas publica*)^[147], Roma halkının, genelin yararı anla-

[141] Cicero, *de re publica* 1.25.39.

[142] Theo Mayer-Maly, “Gemeinwohl und Necessitas”, in *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte: Festschrift für Adalbert Erler zum 70 Geburtstag*, Editörler Hans Jürgen Becker et.all., Aalen, Scientia Verlag, 1976, s.136-137, 144-145.

[143] Kaser, “Ius publicum”, *op.cit.*, s.18-19.

[144] Lübtow, *op.cit.*, s.482, 486.

[145] Kaser, “Ius publicum”, *op.cit.*, s.4.

[146] Lübtow, *op.cit.*, s.499, 513.

[147] Romalıların *utilitas publica*’dan ne anladıkları ve tarihsel süreç içerisinde kavramın nasıl bir anlam değişikliğine uğradığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Söğütü Erişgin, “Klasik Dönem Hukukçularında Bir ‘Açık Değer’ Olarak Utilitas Publica”, in *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Cengiz Koçhisarlıoğlu (Ed.), Ankara, Turhan Yayınevi, 2008, s.369-389; Özlem Söğütü, “Roma Hukukunda Ius Privatum (Özel

mında olup, *utilitas singulorum*'un (bireysel yararın) karşıtı bir anlama sahip değildir^[148]. Bu dönemden itibaren ise devletin ve onun kurumlarının, özel olarak da hazinenin yararı olarak anlaşılmaya başlanmıştır^[149].

D) ROMALI HUKUKÇULARDA HUKUKİ DÜŞÜNME

Roma hukuku metinlerinden günümüze kalan en önemli miraslardan birisini oluşturan *Digesta* aracılığıyla hukuk bilimi hukukî düşünmeyi öğrenmiştir^[150]. *Corpus Iuris Civilis*'in bölümünü oluşturan ve Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının eserlerinden parçalardan oluşan *Digesta*, Avrupa hukuk kültürünün oluşmasını olanaklı kılan ilk materyaldir^[151]. *Digesta* metinlerinin yorumlanması, bir karar analizidir. Bu analiz, karar sanatı ve karar bilimi olarak hukukun doğasını yansıtır^[152].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları; hukukî çözümlemedeki net düşü-
nüşleri, problem çözümünde kullandıkları akıl yürütme yöntemleri ve
gerekçelendirme mantıklarıyla dünyanın hukukî düşünüşüne etki etmişlerdir.
Hukuk biliminin otoritesi (*auctoritas*), sadece alana özgü derin bilgiden,
toplumun tanıdığı özel statüden ve politik yaşamı etkileme gücünden
temellenmez; gerekçelendirme mantığı, akıl yürütme yöntemi de güçlü bir
rol oynar^[153]. Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, bazı olay çözümlerinde
ahlakî ya da sosyal kanıtlara dayanmaksızın, doğrudan hukuk alanına özgü
gerekçelendirme mantığı yürüterek, akıl yürütme yöntemlerini kullanarak
bir çözüme ulaşmış ve bu yolla hukuk yaratmışlardır. Diğer bir deyişle,
Klasikler, hukukî olanın ne olduğundan hareket etmiş ve sorularını bu

Hukuk) ve Ius Publicum (Kamu Hukuku) Ayırımı Hakkında”, *Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Özel Sayı: Prof. Dr. Özcan Çelebican'a Armağan,
Sayı 2, 2020, s.1205-1242.

[148] Lübtow, *op.cit.*, s.479-482; ayrıca bkz. Cicero, *de officiis* 1.22.

[149] Mayer-Maly, “Gemeinwohl”, *op.cit.*, s.137; Kaser, “Ius publicum”, *op.cit.*, s.24-29.

[150] Zimmermann, “Römisches Recht”, *op.cit.*, s.4; Spengler, *op.cit.*, s.62.

[151] Spengler, *op.cit.*, s.44.

[152] Baldus, “Römische Privatautonomie”, *op.cit.*, s.6.

[153] Giaro, “Werkmittel der Romanistik”, *op.cit.*, s.197-198.

doğrultuda sormuşlardır^[154]. Hukukî olan tutarlı argüman (*consequentia*) ve akla uygunluk (*ratio*), doğrudan hukuk alanı içerisinde kalan karar temel-leridir. Yorum, menfaat ve değerlerin ortaya çıkmasına yardımcı olan bir tekniktir. *Digesta* metinlerini yorumladığımızda ilk bulduğumuz; menfaat çatışmaları ve değerlerden hareketle verilen akla uygun kararlardır (*rationes decidendi*)^[155].

Klasiklerin somut olay çözümleri, deneyimlerinde depolanan öğrenilmiş algılama ve karar verme araçlarından, bir zanaatkar gibi tasavvurlarından (hayal güçlerinden) kaynağını alırlar. Ancak, hukukçuya, sadece kendi deneyimi hizmet etmez. Aksine onun olay çözümü, belirli ilke ve görüşleri benimseyen hukukçuların kesintisiz deneyim aktarımlarına dayanır ve böylece nesnel bir otorite halini alır^[156]. Hukukçunun görevi objektiftir; dolayısıyla yaratıcılığı da ilgisiz yetenek anlamında değil, üretken, yaşamı zenginleştiren bir yaratıcılık anlamında sanattır. Nitekim Klasikler, tamamen varsayımsal (hayalî) davalar/olaylar üzerinden de- özellikle saçmaya indirgeme (*reductio ad absurdum*)^[157] yöntemini kullanarak- belirli dogmatik yapıları ve hukukî sorunları açıklamaya hizmet eden tartışmalar^[158] yürütmüşlerdir^[159].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, “hukukçu gibi düşünebilme» yetisine sahip olan hukukçulardır. «Hukukçu gibi düşünme»den anlaşılması gereken, hemen hemen her somut olay çözümünün makul bir biçimde tartışılabilir olmasıdır. Romalı hukukçular, öncelikle hukukî sorunları ortaya koymuş ve bunları akılcı gerekçelerle çözmeye çalışmışlardır. Çünkü, hukukî sorunlar, farklı faktörlere bağlıdır ve hukukî sorunun her iki tarafı da hukukî sorunun çözümü noktasında, farklı ve fakat sağlam, iyi gerekçeler/argümanlar ortaya koyabilir^[160].

[154] Waldstein, “Konsequenz als Argument”, *op.cit.*, s.65.

[155] Baldus, “Römische Privatautonomie”, *op.cit.*, s.21-22.

[156] Giaro, “Werkmittel der Romanistik”, *op.cit.*, s. 215.

[157] Örnek olarak bkz. *Digesta* 24.1.3.12 (*Ulpianus*); *Digesta* 17.2.14 (*Ulpianus*).

[158] Örnek olarak bkz. *Digesta* 18.2.11.1 (*Ulpianus*); *Digesta* 19.2.35.1 (*Africanus*); *Digesta* 10.3.23 (*Ulpianus*).

[159] Giaro, “Werkmittel der Romanistik”, *op.cit.*, s.215.

[160] Thomas, “Ars aequi et boni”, *op.cit.*, s.54-55.

E) DEĞERLENDİRME

1. Antik dönem Roma hukuku, hukuku sanat olarak algılayan hukukçularca; Orta Çağ Roma hukuku üniversite hocalarınca geliştirilmiştir. Günümüz Avrupa ülkelerinin kodifikasyonları kuşkusuz saf Roma hukuku değildir. Orta Çağ hukuk okulları tarafından geliştirilen, akla dayanan doğal hukuk ilkelerine yer veren, *Pandekt* hukukçuları tarafından sistemleştirilen, yerel hukuku kapsamına alan düzenlemelerden oluşan, modern toplumun gereksinimlerine cevap veren kodifikasyonlardır. Bununla birlikte Avrupa hukuk kültürünün temeli, hukukun ruhu ve anası Roma hukukudur^[161].

Orta Çağ'dan 18.yüzyıla değin Avrupa'da Roma hukukuna dayanan bir hukuk birliği söz konusuydu. Ulus devletlerin kurulması ve her bir devletin kendi kodifikasyonunu hazırlamasıyla birlikte ortak hukuk uygulamasına dayanan bu birlik sona ermiş olmakla birlikte, Ortak hukukun (*ius commune*) esasını oluşturan Roma hukuku özel hukuk kodifikasyonlarında yaşamaya devam etmiştir^[162]. Bu kodifikasyonlar arasında Alman Medenî Kanunu (BGB), Avusturya Medenî Kanunu (ABGB), Fransız Medenî Kanunu (CC) ve İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) sayılabilir. Kodifikasyonlar sonuçta ortak hukukun modern zamana uyarlanmış halinden öteye geçmemiş; içerdikleri kuralların özü itibariyle yeni bir hukuk sistemi ortaya koymamış; yüzyılların hukukî birikimlerini bir araya getirmiş ve sistematize etmişlerdir^[163].

2. Roma hukukunun öğrenilmesinin zorunluluğu kabul edilmelidir. Çünkü öğrenilen, bir devletin hukuku değil, ulusal kodifikasyonlarda yer alan hukukun tarihsel arka planı, rasyonel akla dayanan bir hukuk sistemi, hukukun değerleri, hukukun kavramları, hukukun işleyiş mantığı ve sürecidir^[164]. Hiçbir hukuk onu meydana getirmiş olan tarihsel temellere, yani

[161] Wenger, *op.cit.*, s.131 ve 138-139; Knütel, "Rechtseinheit", *op.cit.*, s.246. Avrupa özel hukukunun oluşturması bağlamında Roma hukukundan gelen ve kodifikasyonlarda yer alan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Knütel, "Rechtseinheit", *op.cit.*, s.251-267.

[162] Knütel, "Rechtseinheit", *op.cit.*, s.248-250.

[163] Zimmermann, "Kodifikasyon", *op.cit.*, s.418; Theo Mayer-Maly, "Die Wiederkehr von Rechtsfiguren," *JuristenZeitung*, Sayı 1, 1971, s.3; Pichonnaz, "İsviçre ve Roma Hukuku", *op.cit.*, s.3159-3160.

[164] Mayer-Maly, "Vergleichende Beobachtungen", *op.cit.*, s.406-407.

kökenine gidilmeksizin bilimsel olarak ele alınamaz, açıklanamaz, anlaşılabilir ve uygulanamaz^[165]. Batı hukuk geleneğini temsil eden hukuk düzenleri ancak Roma hukuku ile anlaşılabilir^[166].

Roma hukuku belirli bir zamana ilişkin belirli bir hukuk sistemi olmayıp, günümüzü geçmişe bağlayan yaşamsal bağlantıdır ve geçmişle temas geleceği biçimlendirme gücü verecektir^[167]. Çünkü, yürürlükteki hukuk ancak geçmiş hukukun yardımıyla anlaşılabilir; gelecek hukuk da olan hukukun gelişiminden başka bir şey olmayacaktır^[168].

3. Romalı hukukçuların oluşturduğu, gerçekliğe, akla, doğru ve adil çözüme dayanan^[169] birçok kural, ilke, kurum ve değer, çok uzun bir süreçte oluşan Avrupa hukuk ruhunun ve hukuk kültürünün önemli kazanımları arasında yer alır^[170]. Geçerliliğini asla kaybetmeyecek olan ve bu anlamda da belirli bir zamana ya da belirli bir çağa sığmayan, somut, hukukî ve mantıkî düşünmenin ürünü olan, adalet fikrinden doğan, kaynağını yüksek ahlâkî değerlerden alan, hukuk düzeninin mantıksal temel ilkelerini ve temel yapılarını içinde barındıran hukukun genel ilkelerinin büyük bir kısmı, Romalı hukukçuların hukuk dünyasına kazandırdıklarıdır^[171]. Roma hukuku kaynaklarında “*Regula Iuris*” olarak anılan hukuk kuralları, kısa, özlü sözler

[165] De las Casas Leon, *op.cit.*, s. 562; Zimmermann, “Kodifikasyon”, *op.cit.*, s.421; Söllner, *op.cit.*, s. 74.

[166] Berman ve Reid, *op.cit.*, s.33.

[167] Pichonnaz, “İsviçre ve Roma Hukuku”, *op.cit.*, s.167; Berman ve Reid, *op.cit.*, s.34; Mayer-Maly, “Rechtsfiguren”, *op.cit.*, s.3.

[168] Krş. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 7. Baskı, 2012, s.137-140; Mayer-Maly, “Rechtsfiguren”, *op.cit.*, s.1.

[169] Waldstein, “Entscheidungsgrundlagen”, *op.cit.*, s.4-6; Karadeniz-Çelebican, *op.cit.*, s.71.

[170] Wolfgang Waldstein ve Micheal J. Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, München, Beck, 10. neu bearbeitete Auflage, 2005, s.136; Giaro, “Dogmatische Wahrheit”, *op.cit.*, s.9; Zimmermann, “Römisches Recht”, *op.cit.*, s.7.

[171] Kaser, Knütel ve Lohsse, *Römisches Privatrecht*, *op.cit.*, s.1; Giaro, “Dogmatische Wahrheit”, *op.cit.*, s.9-10; Zimmermann, “Römisches Recht”, *op.cit.*, s.10; De las Casas Leon, *op.cit.*, s. 567-568; Giaro, “methodologische Werkmittel”, *op.cit.*, s.205-206.

biçiminde formüle edilmiştir. Bunların büyük bir bölümü de *Glossator*'lar ve *Postglossator*'ların çalışmalarıyla daha sonraki dönemlere hukukun genel ilkeleri olarak ulaşımıştır^[172]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı da birçok kararında Roma hukukundan gelen bu ilkelere atıf yapmakta ve onları temel almaktadır^[173].

4. Romalı hukukçular, Kıta Avrupası hukuk sisteminin doğrudan içeriğini belirlemekle kalmamış; hukuk eğitimi alanındaki yöntemleriyle de günümüz hukuk eğitiminin bir parçası olmuşlardır. Romalı hukukçuların hukukî sorunları açıkça ayırt etme ve kesin hale getirme yöntemi, sosyal ve politik çatışmaların nesnelleştirilmesi gerekliliğini öğrenme bağlamında, günümüz hukukçuları için bir alıştırma niteliğindedir^[174]. Klasiklerin karar verirken hangi mekanizmaları ve değerleri kullandıkları, bunların günümüzle neden bir ölçüde aynı ya da neden kıyaslanamayacak denli farklı olduklarının ortaya konulması, hukukî düşünüş açısından büyük önem taşır^[175].

5. Klasik Hukuk Dönemi hukukçularına göre, Cumhuriyet Dönemi hukukçularının görüşleri tarihsel bir materyal değil, aksine güncel tartışmaların konusuydu. Çünkü, hepsi birlikte aynı hukukçu topluluğunun bir üyesiydiler ve hukukî bir tartışmaya da eşit durumda katılmaya yetkiliydiler^[176]. Modern hukuk için de bu anlayışın kabul edilmesinde bir engel olmamalıdır. Roma hukuku ile ilgilenmek, modası geçmiş olana duyulan basit bir merak değil, özel hukukun temel sorunlarını hukuk kültürünün

[172] Rolf Knütel, "Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union", *Juristische Schulung*, Cilt 36, Sayı 9, 1996, s.769-775; Van Der Merwe, "Regula iuris", *op.cit.*, s.292-294.

[173] Örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. József Benke, "Das Römische Recht in der Praxis der EU-Gerichte: "Ein Transmodernes" weiterleben", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Cilt 66, Sayı 4, 2016, s.469-496.

[174] Wieacker, "The Importance of Roman Law", *op.cit.*, s.280-281.

[175] Baldus, "Grenzbestimmung", *op.cit.*, s. 190; Baldus, "Römische Privatautonomie", *op.cit.*, s. 29.

[176] Giaro, "Dogmatische Wahrheit", *op.cit.*, s.18-20; Giaro, "Geltung", *op.cit.*, s.88-89; Lübtow, *op.cit.*, s.458.

tarihi ile ilişkilendirmektedir^[177]. Çünkü, zamana meydan okuyan hukukî sorunlar, ekonomik ve toplumsal yapıdaki farklılıklara rağmen, teknik hukuk açısından benzerlikler gösterirler. Romalı hukukçuların bu sorunları nasıl gördükleri ve bunları hangi araçlarla çözüme kavuşturdukları, günümüz hukuk bilimi için önemli bir anahtardır^[178]. Nitekim, günümüz hukukunun iştiğal ettiği konulardan birini oluşturan yapay zekâ ve onu kullanan kişi arasındaki ilişki, pekâlâ da köle ve efendisi arasındaki ilişkiye benzetilerek tartışılabilmektedir^[179]. Keza, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ünlü Papağan Kararı'nı^[180] ve Gabin Kararı'nı^[181], Roma hukukunun çözümünden hareketle verdiğini de unutmamak gerekir.

6. Hukuk tarihi araştırmalarında devlet, siyaset ve hukuk ile sorduğumuz soruların değişmesiyle ve yöntemlerin farklılaşmasıyla birlikte her seferinde Roma Devleti'nin günümüz toplumlarına yardımcı olmaya devam ettiği saptamasını yapmakta beis görmüyoruz.

[177] Andreas Wacke, "Accidents in Sport and Games in Roman and Modern German Law", *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Cilt 42, Sayı 3, 1979, s.286-287.

[178] Söllner, *op.cit.*, s.76.

[179] Özlem Söğütü, "Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Kölenin Hukukî Statüsünden Yapay Zekânın Hukukî Statüsüne Bakış", *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, Cilt 39, Sayı 2, 2023, s.277-319.

[180] BGE 133 III 257. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Salih Tayfun İnce ve Dilşah Büşra Kartal, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Ayıptan Doğan Sorumluluğa İlişkin 28 Kasım 2006 Tarihli Kararının (BGE133 III 257) Çevirisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 161-162, 2018, s.171-187.

[181] BGE 123 III 292.

SONUÇ

Roma hukuku, hem olayların hukukî bakış açısıyla değerlendirilebilmesi bağlamında hukuk eğitimi açısından hem Roma hukukundan gelen kavram, kurum ve ilkelerin doğru anlaşılması bağlamında pozitif hukuk açısından hem de akla dayanan hukuk olması hasebiyle kanun koyucu açısından iyi bir rehberdir. Kanun koyucu, sosyal yaşamın sorunlarını çözmek amacıyla münferit kanunlar çıkarır. Münferit kanunların, hukuk güvenliğini sarsmamaları, hukukun temel ilkelerine uygun olmaları, hukuk düzenine egemen olan düşünce ile de uyumlu olmaları gerekir. Toplumsal gerçeklik ve gereksinimler göz ardı edilmeksizin, o hukuk düzenine egemen olan değerler, yüksek ilkeler, sistematik ve kavramlar dikkate alınarak münferit kanunlar çıkarılmalıdır. Kuşkusuz Kıta Avrupası hukuklarının sistematigi ve kavramları Roma hukukundan gelmektedir^[182].

Bu bağlamda da hukukî bir yapıyı inşa etmeden ya da yıkmadan önce *Digesta*'ya bakmak gerekir. Çünkü orada, beşerî birlikte yaşamın yazılı aklı (*ratio scripta*^[183]), hukukî düşünüş, hukuk bilimi, entelektüel tutarlılık ve bir hukuk kültürü yatmaktadır. Hukuk kültürünün oluşması ve korunması için özgürlükleri geliştirecek doğrultuda adımlar atmak, hukuk güvenliği sağlamak, hukukun ahlakının adalet ve insancılık olduğunu unutmamak gerekir.

Roma hukuku modern hukukçular için bir pusuladır. Bu sadece Kıta Avrupası Hukuk Sistemi için değil, Anglo-Sakson Hukuk Sistemi için de geçerlidir^[184]. Avrupa hukuk kültürünün temeli olan ve farklı düzeyde de olsa dünyanın hukuk kültürüne katkıda bulunan Roma hukuku; gerçeği ortaya çıkarmayı, adalete ulaşmayı, hakkaniyeti gerçekleştirmeyi kendilerine şiar edinen Romalı hukukçularca oluşturulmuştur. Bu hukukî tecrübe

[182] Söllner, *op.cit.*, s. 75.

[183] *Postglossator Baldus*, bu gerçeği şu sözlerle ifade etmiştir: “*Romanae leges, ut ratio naturalis, omnibus imperant (Roma kanunları, doğal akla uygun olduğu için, bütünüyle uygulanmalıdır).*” (*Baldus, C. 7.45.13*).

[184] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wieacker, “The Importance of Roman Law,” *op.cit.*, passim.

ve birikimin yok olmaması, sadece Romanistlere değil, günümüz hukuk bilimine ve yargısal uygulamasına da bağlıdır^[185].

Hukuk biliminin sorumluluğu, hukuk düzenini geliştirmek ve mükemmelleştirmektir. Siyasî iktidarın ideolojik toplumsal amaçlarını gerçekleştirmek için hukuku zorlama aracı olarak kullandığı zamanlarda bu görev daha da zorlaşır^[186].

Hukukun gündelik siyaset yoluyla popülerleştirilmesine karşı duracak olan da hukuk bilimidir. Unutulmamalıdır ki, hukuk, politik ve toplumsal her sorunu çözecek, toplumsal yapının bütün alanlarını kuşatacak, her derde deva bir araç değildir. Münferit bireyin davranışlarını diğer toplumsal düzen kuralları da yönetir ve yaşamın bütün alanları hukuk tarafından düzenlenmeye elverişli değildir.

Romalı hukukçular tarafından hukuksallaştırılan ilke ve değerler, günümüz hukuk bilimi tarafından hukuk düzeninin temelleri olarak kanun koyucuya gösterilmelidir. Diğer bir deyişle hukuk bilimi, bilimsel temellere dayanarak her kanun koyucuya, siyasal gücü elinde bulunduran otoritenin politik amaçlarını gerçekleştirmek için hukuku araç olarak kullanamayacağı, yolundan saptıramayacağı, aşamayacağı sınırların olduğunu göstermek zorundadır^[187].

Despotik bir yönetimin hukuk aracılığıyla hukuksuzluk yolunu açmak için hukuk biliminden yararlanabileceğini nasyonal sosyalizm tecrübesiyle biliyoruz. Nasyonal Sosyalist Devlet'in hukuku; hukukun kötüye kullanıldığı, kanun koyucunun yolunu şaşırdığı, kanunun şiddetinin tebarüz ettiği bir hukukun ifadesidir^[188].

[185] Waldstein, "Gewohnheitsrecht", *op.cit.*, s.126.

[186] *Ibid.*

[187] Waldstein, "Vorpositive Ordnungselemente", *op.cit.*, s.26.

[188] Giaro, "A matter", *op.cit.*, s.23.

Hukukî ve ahlâkî yüksek değerlere atıf yapılması gerektiğinde ve zorba bir yönetime karşı dik durulması gereken zamanlarda *Papinianus*'un^[189] *Digesta*'daki metninin^[190] ve trajik ölümünün^[191], özellikle hatırlanması gerekir.

[189] *Papinianus*, Kuzey Afrikalı İmparator *Septimus Severus* zamanında (M.S. 193-211), ondan sonra da oğulları *Caracalla* ve *Geta* zamanında yaşamış, Suriyeli ünlü hukukçudur. Geç Antik dönem kaynaklarında Roma'nın en büyük hukukçuları arasında sayılır (bkz. *Iustinianus Codex*, 6.42.30). Günümüze kadar da gerçeğin mihenk taşı oluşturduğu görüşlerinin sağlamlığına ilişkin yargı değişmemiştir (bkz. Dieter Nörr, "Papinian und Gryphius. Zum Nachleben Papinians", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 83, 1966, s.308. Klasikler arasında *Papinianus*: somut olay çözümünde teknik hukukî gerekçelerden daha çok, yaşamın gerçeklerini, somut olay adaletini, çağın gereklerini ve etik değerleri esas alan görüşleriyle, en çetrefilli sorunları en kısa ve özlü biçimde çözüme kavuşturmasıyla tanınmaktadır [Tony Honoré, "Lawyers and Government in the Historia Augusta", *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Sayı 42, 1991, s.20-24].

[190] *Digesta* 28.7.15 (*Papinianus*): "Biz hukukçuların tanrılarımıza ve ebeveynlerimize olan saygımızı, onurumuzu, dürüstlüğümüzü ihlal edecek bir davranışı ve genel olarak söylenmelidir ki geleneklere ve *vir bonus*'un ahlakına aykırı bir davranışı yapabileceğimize hiç kimse inanmamalıdır."

[191] Kardeşi *Geta*'yı öldürten İmparator *Caracalla*, *Papinianus*'tan bu fiilin meşru ve hukuka uygun olduğunu senatoda anlatmasını ister. Bu istek üzerine *Papinianus* "katlin meşru olduğunu ispat, bu cürmü yapmak kadar kolay değildir. Çünkü bu fiil ahlâka aykırıdır. Ahlâka aykırı olan bir hareket, hiçbir zaman hukuka uygun olamaz" sözleri ile *Caracalla*'nın isteğini reddeder. Bunun üzerine *Caracalla* tarafından gözü önünde önce oğlu, arkasından da *Papinianus* öldürtülür (Mayer-Maly, "Rechtsbegriff", *op.cit.*, s.164; Honoré, "Lawyers", *op.cit.*, s. 21). 17.yüzyıl hukuk dışı literatüründe adaletin ve erdemin kahramanı olarak zikredilen *Papinianus*, "Adalet Şehidi" olarak anılır (ayrıntılı bilgi için bkz. Nörr, "Papinian", *op.cit.*, s.308-333).

Yararlanılan Kaynaklar

- Akbaş, Kasım, “Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 74, Sayı 1, 2016, s.53-72.
- Antalya, Gökhan, “*Hukuk Bilimine Katkı Olarak*” *Hukuk Metodolojisi*, C. II., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 7. Baskı, 2012.
- Atalay, Ahmet Halûk ve Çataloluk Gökçe, “Hukukun Feneri ve Günümüzde Hukukun Bir Sanat Olarak Öğretimi”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 2, Sayı 6, Kasım-Aralık 2015, s.52-58.
- Atlan, Sabahat, *Roma Tarihi'nin Ana Hatları*, I. Kısım, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1970.
- Ayiter, Kudret, “Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1981, s.XIII-XVIII.
- Baldus, Christian, “Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte” *Die Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, Sayı 2, 2005, s.179-198.
- Baldus, Christian, “Römische Privatautonomie”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Cilt 210, Sayı 1, 2010, s.2-31.
- Beggio, Tommaso, “«Paul Koschaker and the path to “Europa und das römische Recht» (1936-1947)”, *European Legal Roots*, Sayı 6, 2017, s.291-326.
- Behrends, Okko, “Die geistige Mitte des römischen Rechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 125, 2008, s.25-107.
- Behrends, Okko, “Franz Wieacker 5.08.1908-17.2.1994”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 112, 1995, s.XIII-LXII.

- Benke, József, “Das Römische Recht in der Praxis der EU-Gerichte: “Ein Transmodernes” weiterleben”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Cilt 66, Sayı 4, 2016, s.469-496.
- Benöhr, Hans-Peter, “Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -Kodifikationen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 93, 1976, s.208-252.
- Berman, Harold J. ve Reid, Charles, “Römisches Recht in Europa und das ius commune – Ein historischer Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Neuen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Cilt 3, Sayı 1, 1995, s.3-34.
- Canaris, Claus-Wilhelm, “Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus” durch ein Porträt von Karl Larenz? Wider einen Versuch “unbegrenzter Auslegung” eines wissenschaftlichen Textes”, *JuristenZeitung*, Cilt 66, Sayı 18, 2011, s.879-888.
- Casas Leon, Maria Etelvina De las, “Reception of Roman Law in the Field of Regulae Iuris”, *Ius Romanum*, Sayı 2, 2020, s.560-579.
- Cicero. *Devlet Üzerine*, Çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul, İthaki Yayınları, 1. Baskı, 2014.
- Çalışkan Akçetin, Nurhayat, “Martin Heidegger ve Nasyonel Sosyalizm: O Bir Nazi Miydi?”, *Humanitas*, Cilt 4, Sayı 8, 2016, s.47-63.
- Dreier, Ralf, “Hukuk Kavramı”, Çev. Altan Heper, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Sayı 2, 1994, s.9-25.
- Erkkilä, Ville, “Roman Law as Wisdom: Justice and Truth, Honour and Disappointment in Franz Wieacker’s Ideas on Roman Law” in *Roman Law and the Idea of Europe*, Kaius Tuori ve Heta Björklund (Ed.), London, Bloomsbury Academic, 2019, s.201-220.
- Fraenkel, Ernst, *İkili Devlet, Diktatörlük Teorisine Bir Katkı*, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2. Baskı, 2020.

- Georgesco, A., “Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi”, Çev. Bülent Tahiroğlu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 42, Sayı 1-4, 1976, s.585-601.
- Giario, Tomasz, “A matter of pure conscience? Franz Wieacker and his conceptual change”, *Studia Iuridica*, Sayı 82, 2019, s.9-28.
- Giario, Tomasz, “Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der Römischen Jurisprudenz”, *Bullettino Dell’ Istituto Di Diritto Romano*, Sayı 90, 1987, s.1-104.
- Giario, Tomasz, “Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 111, 1994, s.66-94.
- Giario, Tomasz, “Über methodologische Werkmittel der Romanistik”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Cilt 133, 2016, s.180-262.
- Gross, Raphael, “Suçluluk, Utanç, Öfke ve İnfial.” Çev. Kılıncım Turanlı, in *Nazi Almanyasında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.110-128.
- Günel, Nadi ve Üçer, Mehmet, *Roma Hukuku Kavram ve Kurumları*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2023.
- Güven, Koray, “Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku’nun Yeri ve Temel Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 3, 2016, s. 837-891.
- Heper, Altan, “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya’da Hukuk Felsefesi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Sayı 20, 2010, s.132-150.
- Honoré, Tony, “Lawyers and Government in the Historia Augusta”, *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Sayı 42, 1991, s.13-41.
- Işıқтаç, Yasemin, “Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998.
- Işıқтаç, Yasemin, “Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye’deki Yansımaları”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Sayı 11, 2005, s.138-154.

- İnce, Salih Tayfun ve Kartal, Dilşah Buşra, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Ayrıptan Doğan Sorumluluğa İlişkin 28 Kasım 2006 Tarihli Kararının (BGE133 III 257) Çevirisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 13, 2018, 171-187.
- Jarausch, H. Konrad, “Suç Ortaklığı Muamması”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.25-50.
- Jasch, Hans-Christian, “Kamu Görevlisi Hukukçular ve Holokost.” Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.51-79.
- Karadeniz, Özcan, “Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1-2, 1969, s.323-347.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, Ankara, Turhan Yayınevi, 17.baskı, 2014.
- Karagöz, Havva, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s.36-55.
- Kaser, Max, Knütel Rolf ve Lohsse Sebastian, *Römisches Privatrecht*, München, Beck, 21. Auflage, 2017.
- Kaser, Max, “Ius honorarium und ius civile”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 101, 1984, s.1-114.
- Kaser, Max, “Ius publicum und ius privatum”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 103, 1986, s.1-101.
- Keskin, Oğuzhan Bekir, “Modern Hukuki Sistemin Temelleri Üzerine Bir Giriş Çalışması: Geç Ortaçağ’da Corpus Iuris Civilis’in Keşfi ve Etkileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s.599-626.

- Keyman, Selâhattin, “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1978, s.17-55.
- Kılıç, Muhammed Tayyip, “Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2011, s.249-275.
- Kienast, Dietmar, “Entstehung und Aufbau des römischen Reiches”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 85, 1968, s.330-367.
- Knütel, Rolf, “Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union”, *Juristische Schulung*, Cilt 36, Sayı 9, 1996, s.768-778.
- Knütel, Rolf, “Rechtseinheit in Europa und römisches Recht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Cilt 244, Sayı 1, 1994, s.245-276.
- Kohlhepp, Ralf, “Franz Wieacker und die NS-Zeit”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 122, 2005, s.203-223.
- Koschaker, Paul, “Mukayeseli Hukuk Tarihi”, Çev. Kudret Ayiter, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1954, s.581-589.
- Küçük, Eşref, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 4, 2007, s.111-122.
- Lehne, Christine, “Die Stellung der Juristen im Formularverfahren”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 131, 2014, s.216-312.
- Levy, Ernst, “Reviewed Work(s): Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft by Paul Koschaker”, *The Classical Weekly*, Cilt 33, Sayı 8, 1939, s.91-92.
- Liebs, Detlef, “Franz Wieacker (1908 bis 1994) Leben und Werk”, in *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Okko Behrends (Ed.), Göttingen, Wallstein Verlag, 2010, s.23-48.

- Lübtow, Ulrich Von, “De iustitia et iure”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 66, 1948, s.458-565.
- Manigk, Alfred, “Privatautonomie”, in *Festschrift Paul Koschaker I. Band*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1939, s.266-295.
- Mayer-Maly, Theo, “Die Wiederkehr von Rechtsfiguren”, *JuristenZeitung*, Sayı 1, 1971, s.1-3.
- Mayer-Maly, Theo, “Gemeinwohl und Necessitas”, in *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte: Festschrift für Adalbert Erler zum 70 Geburtstag*, Editörler Hans Jürgen Becker et.al., Aalen, Scientia Verlag, 1976, s.135-145.
- Mayer-Maly, Theo, “Vergleichende Beobachtungen zur Behandlung des römischen Rechts im deutschen und im österreichischen Rechtsunterricht”, *Revue Internationale des Droits de L’Antiquité*, Sayı 11, 1964, s.395-407.
- Mayer-Maly, Theo, “Vom Rechtsbegriff der Römer”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Sayı 9, 1958, s.151-173.
- Meissel, Franz Stefan, *Römisches Recht und Erinnerungskultur—Zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875-1943)*, Vienna Law Inauguration Lectures = Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, 2008 https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_roemisches_recht/Publicationen/Roemisches_Recht_und_Erinnerungskultur.pdf [E.T. 29.10.2023].
- Meissel, Franz Stefan ve Wedrac, Stefan, “Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes”, in *Vertriebenes Recht-Vertreibendes Recht Band 2, Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945 Juridicum Spotlight II; Diskussionsforum der Rechtswissenschaftlichen Fakultät*, Franz-Stefan Meissel, Thomas Olechowski, Ilse Reiter-Zatloukal ve Stefan Schima (Ed.), Wiener, Manz-Verlag, 2012, s.35-78.

- Merwe, Derek Van Der, “Regula iuris and the Axiomatisation of the Law in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries”, *Journal of South African Law*, Sayı 3, 1987, s.286-302.
- Messerschmidt, Manfred, “Die deutsche Rechtsgeschichte unter dem Einfluß des Hitlerregimes”, *Kritische Justiz*, Cilt 21, Sayı 2, 1988, s.121-136.
- Morris, G. Douglas, “Ayrımcılık, İtibarsızlaştırma, Meydan Okuma”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.129-166.
- Nörr, Dieter, “Papinian und Gryphius. Zum Nachleben Papinians”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 83, 1966, s.308-333.
- Oğuz, Arzu, “Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.1-40.
- Öktem, Niyazi, “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 43, Sayı 1-4, 1978, s.271-299.
- Özkorkut, Ünal Nevin, “Cumhuriyet Dönemi Hukuksal Dönüşüm Sürecine Katkıda Bulunan Yabancı Akademisyenler”, *Adalet Dergisi*, Sayı 62-63, 2019, s.481-505.
- Pichonnaz, Pascal, “Kıta Avrupası Özel Hukukunun Uyumlaştırılması: Roma Hukuku Bize Ne Öğretebilir; Ne Öğretemez?”, Çev. Ceren Soydan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, 2017, s.343-364.
- Pichonnaz, Pascal, “İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş.” Çev. Nilgün Dinçer, *Prof. Dr. Hakan Pekantez’e Armağan*, 2014, s.3149-3174.
- Pringsheim, Fritz, “Das römische Recht der großen Zeit”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Cilt 3, Sayı 6, 1948, s.281-286.

- Rachlin, D. Robert, “Roland Freisler ve Volksgerichtshof”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.80-109.
- Reicher, Harry, “İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak”, Çev. Kıvılcım Turanlı, in *Nazi Almanya’sında Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.167-191.
- Rottleuthner, Hubert, “Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti”, Çev. Füsün Uyanış, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Sayı 3, 1996, s.50-60.
- Rüthers, Bernd, Fischer, Christian ve Birk, Axel, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8. überarbeitete Auflage, München, Beck, 2015.
- Rüthers, Bernd, “Die Risiken selektiven Erinnerns–Antwort an C.-W. Canaris”, *JuristenZeitung*, Cilt 66, Sayı 23, 2011, s.1149-1151.
- Rüthers, Bernd, “Personenbilder und Geschichtsbilder–Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrai”, *JuristenZeitung*, Cilt 66, Sayı 12, 2011, s.593-601.
- Rüthers, Bernd, “Recht als Waffe des Unrechts–Juristische Instrumente im Dienst des NS- Rassenwahns”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, s. 2825-2826.
- Schlosser, Hans, “Hukukçunun Yetiştirilmesi ve Modern Toplum (Hukukçu mu Yoksa Sosyal Düzenleyici mi?)”, Çev. Celal Cihangiroğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1-4 (1976), s.105-123.
- Schröder, Jan, “Legal Methodology in the German Dictatorships”, *Juridica International*, Sayı 26, 2017, s.16-24.
- Schwarz, Andreas Bertalan, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, Çev. Bülent Davran, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, 1945, s.180-202.
- Schwarz, Andreas Bertalan, “Türkiye-İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku”, Çev. Hıfzı Veldet, *Prof. Dr. Cemil Bilsel’e Armağan*, İstanbul, Kenan Basımevi, 1939, s.379-436.

- Schwarz, Andreas Bertalan, “Mukayeseli Medenî Hukuk İlminin, Bilhassa Türkiye’deki, Ehemmiyet ve Vazifeleri”, *Üniversite Konferansları (1937-1938)*, İstanbul, 1939, s.72-86.
- Somer, Pervin, *100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Söğüt, İpek Sevda, “Roma Hukukunda ‘Lex’ Kavramı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s.63-73.
- Söğütlü Erişgin, Özlem, “Klasik Dönem Hukukçularında Bir ‘Açık Değer’ Olarak Utilitas Publica”, in *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Cengiz Koçhisarlıoğlu (Ed.), Ankara, Turhan Yayınevi, 2008, s.369-389.
- Söğütlü, Özlem, “Roma Hukukunda Ius Privatum (Özel Hukuk) ve Ius Publicum (Kamu Hukuku) Ayırımı Hakkında”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 2, *Özel Sayı Prof. Dr. Özcan Çelebican’a Armağan*, 2020, s.1205-1242.
- Söğütlü, Özlem, “Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Kölenin Hukukî Statüsünden Yapay Zekânın Hukukî Statüsüne Bakış”, *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, Cilt 39, Sayı 2, 2023, s.277-319.
- Söğütlü, Özlem, *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2022.
- Söllner, Alfred, “Das römische Recht in der Rechtswissenschaft unserer Zeit”, *Giessener Universitätsblätter*, Sayı 42, 2013, s.66-78.
- Spengler, Hans-Dieter. “Römisches Recht und europäische Rechtskultur” in *Die kulturelle Eigenart Europas*, Günter Buchstab (Ed.), Freiburg, 2010, s.43-68.
- Steinweis, E. Alan ve Rachlin, D. Robert, “Nazi Almanyası’nda Hukuk ve Holokost”, Çev. Kuvılcım Turanlı, in *Nazi Almanyası’nda Hukuk, İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması*, Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin (Ed.), İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s.9-24.
- Şimşir, Emrah, “Nasyonal Sosyalizm ve III. Reich Dönemi Almanyası’nda Siyasî Sistem”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2015, s.79-130.

- Tamer, Diler, *Roma Hukuku, Cilt -1- Roma Tarihi-Roma Hukuku Kaynakları-Genel Kurallar-Roma Usul Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2020.
- Tamer, Diler, *Roma Hukuku, Cilt -2- Borçlar Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Thomas, Philip, “Ars aequi et boni, legal argumentation and the correct legal solution”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 131, 2014, s.41-59.
- Umur, Ziya, “Tedrisat Bakımından «Umumi Hukuk Tarihi»”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1, 1966, s.101-121.
- Umur, Ziya, “Türkiye’de Roma Hukuku Tedrisatı Üzerinde Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1-4, 1960, s.255-288.
- Üçer, Mehmet, *Roma Hukuku’na Giriş*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2020.
- Vabres, Henri Donnedieu De, “Nasyonal Sosyalist Alman Ceza Hukukunun Kaynakları ve «Halkçı» Nasyonal Sosyalist Alman Ceza Hukuku”, Çev. Sulhi Dönmezer, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 9, Sayı 1-2, 1943, s.292-313.
- Végh, Zoltán, “Römisches Recht und Nationalsozialismus Gedanken zur Universalität des Römischen Rechtes”, *Journal on European History of Law*, Cilt 2, Sayı 1, 2011, s.2-9.
- Wacke, Andreas, “Accidents in Sport and Games in Roman and Modern German Law”, *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Cilt 42, Sayı 3, 1979, s.273-287.
- Waldstein, Wolfgang, “Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 111, 1994, s.1-65.
- Waldstein, Wolfgang ve Rainer, J. Michael, *Römische Rechtsgeschichte*, München, Beck, 10. neu bearbeitete Auflage, 2005.

- Waldstein, Wolfgang, “Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen”, *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Cilt 2, Sayı 15, 1976, s.4-100.
- Waldstein, Wolfgang, “Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom”, in *De iustitia et iure: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Manfred Harder ve Georg Thielmann (Ed.), Berlin, Duncker&Humblot, 1980, s.105-126.
- Waldstein, Wolfgang, “Konsequenz als Argument klassischer Juristen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 92, 1975, s.22-68.
- Waldstein, Wolfgang, “Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Sayı 17, 1967, s.1-26.
- Wenger, Leopold, “Römisches Recht und Rechtsvergleichung”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Cilt 14, Sayı 2, 1920/21, s.106-145.
- Wieacker, Franz, “Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung”, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, Sayı 6, 1939, s.403-406.
- Wieacker, Franz, “In memoriam Andreas Bertalan Schwarz”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 71, 1954, s.591-606.
- Wieacker, Franz, “Offene Wertungen bei den römischen Juristen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Sayı 94, 1977, s. 1-42.
- Wieacker, Franz, “Reviewed Work(s): Europa und das römische Recht by Paul Koschaker”, *Gnomon*, Cilt 21, Sayı 5-6, 1949, s.187-193.
- Wieacker, Franz, “The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought.” *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 4, Sayı 2, 1981, s.257-281.
- Wieacker, Franz, “Vom Römischen Juristen.” *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Cilt 99, sayı 3, 1939, s.440-463.

- Wiegandt, Manfred, “Ich bin Theoretiker, reiner Wissenschaftler und nichts als Gelehrter”: Ein Lebensbild Carl Schmitts”, *Juristische Schulung*, Cilt 36, Sayı 9, 1996, s.778-781.
- Zatloukal, Valerie, “Max Kasers «Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung» und die «Krise des römischen Rechts» unter der NS-Herrschaft”, *Journal on European History of Law*, Sayı 11, 2020, s.16-29.
- Zimmermann, Reinhard, “Kodifikasyon. Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi”, Çev. Ece Baş Süzel ve Meliha Sermin Paksoy, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 73, Sayı 2, 2015, s.409-436.
- Zimmermann, Reinhard, “Römisches Recht und europäische Kultur”, *JuristenZeitung*, Cilt 62, Sayı 1, 2007, s.1-12.

Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Tazminata İşletilecek Faizin Başlangıç Tarihi

Ahmet BAĞRIAÇIK*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, ahmetbagriacikk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-9288-2343.

Makale geliş tarihi: 21 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 7 Haziran 2024

Atf önerisi: Bağrıaçık, Ahmet, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Tazminata İşletilecek Faizin Başlangıç Tarihi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.349-390. **DOI:** 10.30915/abd.1438687.

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGIDA TAZMİNATA İŞLETİLECEK FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ

ÖZ

Danıştay, ilgilinin idari işlem veya eylem nedeniyle uğramış olduğu zararının telafisi için açtığı tam yargı davalarında, ödenmesine hükmettiği tazminata uygulanacak faizin başlangıcı için kural olarak idareye başvuru tarihini esas almaktadır. Faiz başlangıcı için idareye başvurunun esas alınması birçok durumda gerçek zararın telafi edilmesinin önüne geçmektedir. İdare hukuku ve idari yargı mevzuatında, faizin başlangıcı için herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla bu eksik içtihatla doldurulmuş ve Danıştay'a göre bu içtihat istikrar kazanmıştır. Ancak söz konusu bu içtihat, kararlar incelendiğinde kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır.

Faizin anaparaya bağlı bir yan alacak olması ve bu yönüyle mülkiyet hakkını ilgilendirmesi, söz konusu alanın yasal düzenleme ile doldurulması gerekliliğini mecbur kılmaktadır. Diğer taraftan Danıştay'ın idareye başvuru tarihini esas almasının altında, idarenin en erken bu tarihte zararı karşılayabileceği ve dolayısıyla bu tarihte temerrüde düşmüş olduğu gerekçesi yatmaktadır. Bu sebeple kaynağını özel hukuktan alan temerrüt kavramına ve bu kavramın idari yargıda uygulanabilirliğini de incelemek gerekmektedir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesi uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın şart olması hali, borcun sözleşmeden kaynaklanmasına bağlıdır. Borç haksız fiilden kaynaklanıyorsa borçlu fiilin işlendiği tarihte temerrüde düşmüş kabul edilmektedir.

Çalışma, bahsi geçen konuyu mevzuat, içtihat ve doktrinde yer verilen görüşler kapsamında ele almaktadır.

Anahtar kelimeler: idari yargılama usulü, tam yargı davası, tazminat, faiz, mülkiyet hakkı, temerrüt

START DATE OF INTEREST TO BE APPLIED ON COMPENSATION IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PRACTICE

ABSTRACT

As a rule, the Council of State takes the date of application to the administration as the basis for the beginning of the interest to be applied to the compensation it has ruled to be paid, in full jurisdiction cases filed by the relevant party for compensation of the damage suffered due to the administrative transaction or action. In many cases, relying on an application to the administration as a basis for starting interest prevents compensation for the actual loss. There is no regulation in the administrative law and administrative jurisdiction legislation for the beginning of interest. Therefore, this missing jurisprudence has been filled and, according to the Council of State, this jurisprudence has gained stability. However, this jurisprudence contains contradictions within itself when the decisions are examined.

The fact that interest is a subsidiary receivable connected to the principal and, in this respect, concerns the property right, necessitates the necessity of filling the said area with legal regulation. On the other hand, the reason why the Council of State takes the application date to the administration as a basis is that the administration can cover the damage at this date at the earliest and therefore it is in default. For this reason, it is necessary to examine the concept of default, which originates from private law, and the applicability of this concept in administrative jurisdiction. Because, in accordance with Article 117 of the Turkish Code of Obligations, the condition in which a warning is required for the debtor to default depends on whether the debt arises from the contract. If the debt arises from a tort, the debtor is deemed to be in default on the date the act was committed.

The study addresses the subject in question within the scope of the data and opinions contained in the legislation, jurisprudence and doctrine.

Keywords: full remedy action, compensation, interest, property right, default

GİRİŞ

Hukuk devleti olmanın en önemli gereklerinden birisi idarenin kişilere vermiş olduğu zararın telafi edilmesi zorunluluğudur. Nitekim Anayasanın 125'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” İdarenin vermiş olduğu ve telafi etmesi gereken zararın kaynağı idari işlem veya eylem olabilir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 12'nci ve 13'üncü maddeleri uyarınca kişiler, idarenin vermiş olduğu zararın telafisi için idari ve yargısal başvuru yollarını kullanabilirler. Gerçekleşen zararın telafisi için açılan davalarda idari yargı uygulaması, zararın parayla tazmin edilmesi şeklindedir. Ödenmesine hükmedilen tazminata işletilecek faizin başlangıç zamanına ilişkin olarak idari yargı yerleri çok farklı kararlar vermektedir. Başlangıç anı hususunda Danıştay, bazı kararlarında idareye başvuru tarihini bazı kararlarında idarenin yapılan başvuruyu reddettiği tarihi bazı kararlarında ise dava açma tarihini esas almaktadır. Faizin anlamından yola çıkarak yapacağımız bu değerlendirmede, Danıştay, zararın doğduğu tarihi esas almak bir yana, ötelediği diğer tarihlerde dahi yeknesak bir uygulama içerisinde değildir. Dolayısıyla söz konusu bu çelişkiyi teorik olarak ve içtihadi yönden değerlendirmek gerekmektedir.

Faiz, konusu ancak para olan borçlarda söz konusu olabilir^[1]. Borçlar hukukuna göre de haksız fiilden veya borca aykırılıktan doğan tazminat borcu, kural olarak para borcudur^[2]. Faiz borcu esas borca bağlı yan edim niteliğinde^[3] ve kural olarak esas borcun sona ermesi halinde kendiliğinden sona eren bir borç türüdür (11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 131'inci maddesi (TBK))^[4]. İdarenin kişilere vermiş olduğu zararın dava yoluyla talep edilmesi halinde tazminata hükmedildiği ve bu tazminata belirli bir tarihten itibaren faiz işletildiği için bu durum mülkiyet

[1] Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan, Genişletilmiş 19. Baskı, 2015, s.632.

[2] M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, 2016, C.I, s.291.

[3] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 2017, 21. Baskı, s.1001; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 635.

[4] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, *op.cit.*, s.1001.

hakkıyla yakından ilişkilidir. Bu sebeple bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkının sınırlandırılması gündeme gelmektedir. İdari yargıdaki Danıştay uygulamasında faizin başlangıcına ilişkin uygulama içtihatla geliştirilmiş olduğu için mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yönüyle de ele alınması gerekmektedir. Diğer taraftan çalışmanın ilerleyen bölümlerinde aktaracağımız üzere, örneğin idarenin bir kamu alacağı ya da kişilerin vergi borcu söz konusu olduğunda, kanuni düzenlemelerle uygulanacak faizin başlangıç anının alacağın doğduğu tarihe endekslendiği görülmektedir.

Danıştay'ın faiz başlangıcına esas aldığı tarihlerle ilgili vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, kullanmış olduğu argüman çoğunlukla idarenin temerrüde düşürüldüğü tarihin dikkate alınması gerektiği yönündedir. Örneğin işlem nedeniyle uğranılan zararda idarenin zararı kendisine başvuru tarihinde ödeyebileceği ve dolayısıyla idarenin başvuru ile temerrüde düşürüldüğü; idari eylemlerde ise dava açmadan önce idareye başvurunun zorunlu olduğu ve yapılan bu başvurunun idarenin zararı ödeyebileceği en erken tarih olduğu, sonuç itibarıyla de idarenin başvuru anında temerrüde düşürüldüğü gerekçesine başvurulmaktadır. Dolayısıyla çalışmada temerrütün ne olduğu ve hangi durumlarda borçlunun temerrüde düştüğü sorularının cevabı için Borçlar Kanunu'na, doktrine ve Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadına yer vermek gerekmektedir.

Çalışmada, Danıştay'ın faiz başlangıcını öteleyen ve yerleşik hale gelen bu içtihadı, idarenin vermiş olduğu zararı doğurucu faaliyetinin (idari işlem veya eylem) türüne göre ayrı ayrı incelenmektedir. Bu yöntemin tercih edilmesindeki amaç, içtihadın, işlem ve eyleme göre farklı yerleşmiş olmasından kaynaklanmamaktadır. Her ikisi için de kural olarak idareye başvuru tarihi esas alınmaktadır. Ancak idari işlemden doğan zararın telafisi için açılan davalarda hükmedilen tazminata işletilecek faizin başlangıç tarihinin zararın meydana geldiği tarih yerine idareye başvuru veya dava açma tarihi olarak kabul edilmesi, idari işlemlere karşı dava açma sürelerinin kısa olması nedeniyle uygulamada dikkate değer bir problem oluşturmamaktadır. Uygulamada her ne kadar kural olarak faaliyetin türüne göre farklı başlangıç tarihleri öngörülmemiş olsa da özellikle idari eylemden kaynaklanan zarar söz konusu olduğunda faizin başlangıç tarihi çok daha ileri bir tarihe ötelenmektedir. Dolayısıyla faiz başlangıcının zararı doğuran olay tarihinden daha ileri bir tarihe ertelenmesi pek çok uyuşmazlıkta eksik faiz ödenmesine

veya ek zarar oluşmasına sebep olmaktadır. Örneğin, idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılacak bir davada İYUK'un 13'üncü maddesinde düzenlenen 1 ve 5 yıllık idareye başvuru süreleri, yine Danıştay'ın içtihadıyla eylemin idariliğinin öğrenilmesine kadar ertelenebilmektedir^[5]. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinin ve bu ilkeyle doğrudan bağlantılı olan hak arama özgürlüğünün genişletilmesi amacıyla getirilen bu içtihadi ilke nedeniyle kişiler zararı doğuran idari eylem tarihinden çok daha sonraki bir tarihte idareye zararın tazmini amacıyla başvurmak durumunda kalabilirler. Böyle bir ihtimalde faiz başlangıcını idareye başvuru tarihinden itibaren esas almak kişilerin zararını tam olarak tazmin etmesine engel oluşturacaktır.

İlgilinin uğramış olduğu zararın telafisi amacıyla açmış olduğu tam yargı davası kapsamında öncelikle talep edilen maddi tazminata ilişkin Danıştay'ın içtihadına yer verilecek olup, manevi tazminatın pratikte daha çok idari eylemden kaynaklanan zararın telafisi amacıyla açılan tam yargı davalarında talep edilmesi nedeniyle, manevi tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi ile ilgili kararlara idari eylemden kaynaklanan zararda faizin başlangıcı başlığı altında yer verilecektir.

I. İDARİ YARGIDA FAİZİN BAŞLANGICINA İLİŞKİN GENEL DURUM

A) GENEL OLARAK

İdari yargıda ilgililerin uğramış oldukları zararı telafi etmek için açtıkları davalar ya bir idari işlem ya da idari eylemden kaynaklanmaktadır. Danıştay zararın telafisi olarak hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihine kural olarak, zararın işlemde veya eylemden kaynaklanmasına bakmaksızın ilgilinin idareye başvuru tarihini esas almaktadır. Faizin tanımı, türleri, mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi, faiz başlangıcına esas alınan temerrüt kurumuna çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecek olup, bu kısımda sadece Danıştay'ın faizin başlangıç tarihine ilişkin içtihadı incelenecektir.

[5] Konu ile ilgili örnek kararlar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 28 Aralık 2016 Tarih ve E. 2015/1605, K. 2016/3789 Sayılı Kararı (Kazancı, E.T. 23.01.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 4 Haziran 2014 Tarih ve E. 2014/2951, K. 2014/4699 Sayılı Kararı (Kazancı, E.T. 21.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 2 Kasım 1999 Tarih ve E. 1999/1746, K. 1999/5376 Sayılı Kararı (Kazancı, E.T. 29.01.2024).

Eski tarihli kararlarına bakıldığında Danıştay'ın, uğranılan zararın telafisi için tespit edilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi için, olması gerektiği gibi, zararın doğduğu anı dikkate aldığını görmek mümkündür. Nitekim, Yönetmeliğe aykırı biçimde belediyece inşa edilen ve mülkiyeti belediyeye ait binanın bir dairesinde kiracı olan davacının, balkonda televizyon anteni yerleştirirken balkonun önünden geçen yüksek gerilimli enerji nakil hattına kapılması sonucu sakat kalması nedeniyle uğradığı maddi zararın tazmini için açılan davada tazminata karar veren mahkeme, faiz başlangıcı için, "...davacı tarafından talep edilen miktar olan ... liranın maddi tazminat olarak olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı idareden alınarak davacıya verilmesine..."[6] karar vermiştir. Danıştay kararı ile mevzuata aykırı olduğu saptanan yıkım kararına rağmen yapıyı yıkarak kusurlu hareket etmiş olan idarenin meydana gelen zararı tazmin etmesi amacıyla açılan tam yargı davasında, mahkeme, "...bilirkişi raporuyla ... lira olarak saptanan binaların bedelinin olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı idareden alınarak davacılara verilmesine..."[7] karar vermiştir. Belediyece yol açılması sırasında ağır inşaat araçlarının gelişigüzel biçimde çalıştırılması nedeniyle davacıların yapıları ile müşterimatlarında meydana gelen zararın tazmini amacıyla açılan davada mahkeme, "...olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ... liranın davalı idareden alınarak davacılardan ...'ya ... liranın da davacılardan ...'ya verilmesine..."[8] karar vermiştir. Son olarak, yerel mahkeme aracılığı ile yaptırılan tespit sonucu yıkılacak derecede tehlikeli olmadığı belirlenen yapının, belediyece yıktırılmasından dolayı doğan zararın tazmini için açılan davada, mahkeme, "...günlü bilirkişi raporu ile saptanan ... lira bina bedelinin binanın yıkım tarihi olan ... tarihinden itibaren ... yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine..."[9] karar vermiştir.

[6] Danıştay Altıncı Dairesi, 9 Ekim 1984 Tarih ve E. 1983/365, K. 1984/2813 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 58-59, s.206-210.

[7] Danıştay Altıncı Dairesi, 7 Nisan 1983 Tarih ve E. 1979/2653, K. 1983/1450 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 52-53, s.287-288.

[8] Danıştay Altıncı Dairesi, 17 Kasım 1982 Tarih ve E. 1978/1400, K. 1982/3761 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 50-51, s.284-285.

[9] Danıştay Altıncı Dairesi, 22 Mart 1982 Tarih ve E. 1978/4027, K. 1982/676 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 48-49, s.207-209.

Danıştay daha sonraki kararlarında^[10], bu içtihadından vazgeçmiştir. Bu vazgeçişin gerekçesini ise kararlardan anlamak mümkün değildir. Bu içtihat uyarınca kişilerin uğramış oldukları zararlar nedeniyle ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç anı, zararın kaynağının işlem ve eylem olmasına bakılmaksızın kural olarak idareye başvuru tarihidir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, Danıştay her ne kadar kararlarında bu içtihadın istikrarlı olarak uygulandığını iddia etse de mevcut kararlar^[11] bu görüşü doğrulamamaktadır.

B) İDARİ İŞLEMEN KAYNAKLANAN ZARARDA FAİZİN BAŞLANGICI

Danıştay'a göre genel olarak idari işlemde kaynaklanan bir zarar nedeniyle açılan tam yargı davasında ödenmesine hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi, zararın ödenmesi talebiyle idareye başvuru mevcut ise bu tarih değilse dava açma tarihidir^[12]. Memur olarak görev yapmakta iken bir üst eğitim programını bitirmesi nedeniyle maaşının ve döner sermaye primlerinin yeni hukuki statüye göre ödenmesi istemiyle idareye başvuran davacının bu isteğinin reddedilmesi nedeniyle uğramış olduğu zararını ve hak ediş tarihinden itibaren faizini talep ettiği davada Danıştay,

“...davacının talep ettiği parasal hakların idareye başvuru tarihinden öncesine isabet eden kısmı için yürütülecek yasal faize ... tarihinden itibaren hükmedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına...”

[10] Çalışmanın devamında bu kararlara detaylı olarak yer verilecektir.

[11] Yine çalışmanın devamında benzer konuda verilen çelişkili kararlara yer verilecektir.

[12] Danıştay'ın olduğu gibi Bölge İdare Mahkemelerinin de içtihatları bu yöndedir. Örneğin, “...davacının uğradığı maddi zararlara, idareye başvuru varsa başvuru tarihinden itibaren, başvuru yoksa dava tarihinden (ilk açılan dava) itibaren yasal faiz işletilmesi yargısal içtihatlarla kabul edilmiş olup...” Ankara Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdari Dava Dairesi, 30 Aralık 2020 Tarih ve E. 2020/658, K. 2020/3365 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

karar vermiştir^[13]. Benzer yönde eksik yapılan ödemenin tamamlanması için yapılan 27.09.2004 tarihli başvurunun reddi üzerine açılan davada Danıştay,

“...davalı idare tarafından, 2000–2004 yılının Eylül ayı arasındaki döneme ait olan ve davacıya yapılan ödemeler hakkında idarenin temerrüde düştüğü (27.9.2004) tarihten itibaren faize hükmedilebileceği, belirtilen tarihten öncesine ilişkin olarak ise davacıya her hangi bir faizin ödenmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından, aksi yöndeki Mahkeme kararında yasal isabet...”

görmemiştir^[14]. Danıştay bir başka kararında ise idareye yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada ödenecek tazminata uygulanacak faizi başvuru tarihi yerine dava tarihinden itibaren başlatmıştır. Dava özetle,

“T.C. ... Büyükelçiliğinde kavas kadrosunda sözleşmeli personel statüsünde çalışmaktayken talebi doğrultusunda 30.6.1991 tarihinde görevine son verilen ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık bağlanan davacı tarafından, iş sonu tazminatı veya ikramiye ödenmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin Dışişleri Bakanlığının 14.2.1992 tarihli işlemi ile (...) iptallerini ve almış olduğu en son maaşı göz önüne alınarak hesaplanacak iş sonu tazminatının görevine son verildiği 30.6.1991 tarihinden itibaren en yüksek reeskont faiziyle birlikte tazmini”

istemiyle açılmıştır. Faiz talebi konusunda Mahkeme,

“...dava konusu olayın özelliği de dikkate alındığında, yerleşmiş yargısal içtihatlarla göre, işlem tarihinden itibaren yoksun kalınan parasal haklara dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekmekte olup, davacının yoksun kaldığı parasal tutarların, dava tarihi olan 13.4.1992'den itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini...”

[13] Danıştay İkinci Dairesi, 8 Şubat 2013 Tarih ve E. 2012/9895, K. 2013/617 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 20.01.2024).

[14] Danıştay İkinci Dairesi, 2 Nisan 2013 Tarih ve E. 2009/662, K. 2013/1859 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 15.01.2024). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay İkinci Dairesi, 15 Şubat 2013 Tarih ve E. 2009/5076, K. 2013/785 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 02.02.2024); Danıştay İkinci Dairesi, 22 Şubat 2013 Tarih ve E. 2009/172, K. 2013/971 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 02.01.2024).

gerektiği değerlendirmesini yapmıştır^[15]. İlgili dairenin değerlendirmesinin aksine, “yerleşmiş yargısal içtihat” işlem nedeniyle uğranılan zararın telafisi amacıyla açılan tam yargı davasında ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi dava tarihi değil idareye başvuru tarihidir^[16]. Konuyla ilgili Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (DİDDK) bir kararına da en azından karşı oydaki görüşe dikkat çekmek amacıyla yer vermek gerekmektedir. Uyuşmazlık öğrenci olan davacının ders notunun sisteme sehven işlenmemesi nedeniyle geç mezun olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkemeye göre,

“İdari işlem veya eylemlerden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması Danıştay İçtihatlarında genel kabul görmüş ve istikrar kazanmıştır.”^[17]

Bu kararın karşı oylarından birinde şöyle bir değerlendirme mevcuttur:

“Bir maddi zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davalarında tazminat faizi kişinin malvarlığındaki zararının oluştuğu an itibarıyla karşılanması gerekirken, gecikerek ödenmesi karşısında bu gecikmeden dolayı para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelecek azalmayı karşılamaya yönelik olarak hükmedilmektedir. Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade ettiklerinden, bu azalma miktarının idare tarafından telafi edilmediği süre içinde ayrıca enflasyon nedeniyle de kayba uğrayacağı aşikârdır.”

[15] Danıştay On Birinci Dairesi, 25 Ekim 2001 Tarih ve E. 2001/365, K. 2001/2335 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[16] Kararın karşı oyunda bu husus, “...davada, iş sonu tazminatı isteminin reddine ilişkin işlem (...) tarihinde tesis edilmiş olup, davanın kabulü yönünde oluşturulan karar üzerine, olumsuz işlem tesis edildiği tarih itibarıyla ortadan kalkacağından faiz istemlerinin de işlem tarihi itibarıyla hesaplanması hukuka uygun(dur)” ifadeleriyle vurgulanmıştır.

[17] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2004/2413, K. 2005/249 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 17.01.2024).

Aslında burada karşı oyu yazan üye faizin amacını, enflasyon nedeniyle yaşanan mağduriyeti ve dolayısıyla uğranılan zarar nedeniyle ödenmesi gereken tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihinin neden zararın oluş tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini, görüşü o yönde olmasa da vurgulamaktadır.

İlgilinin idari işlemin iptali ve uğramış olduğu zararının telafisini talep ettiği uyuşmazlıklarda faizin işlemeye başlayacağı tarih için Danıştay her ne kadar yerleşik içtihat olarak idareye başvuru tarihi, başvuru mevcut değil ise davanın açıldığı tarihin uygulandığını iddia etse de vermiş olduğu kararlar bu durumu doğrulamamaktadır. Nitekim, “...*Belediye Başkanlığı Şehir Tiyatroları Müdürlüğü’nde geçici işçi (oyuncu) statüsünde görev yapan davacının sözleşmeli sanatçı statüsüne geçirilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle...*” açılan davada yerel mahkeme, “...*gereğesiyle dava konusu işlemin iptali ile ... TL alacağın idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine...*” karar vermiştir. Danıştay 12’nci dairesi temyiz başvurusuyla önüne gelen bu kararı onamıştır. Daha sonra karar düzeltme yoluyla tekrar önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak özetle,

“Yerleşik yargı içtihatlarına göre hükmedilecek maddi ve manevi tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, iptal davasının açıldığı tarih olarak kabulü gerekmektedir. Bu durumda, davacının hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının “iptal davasının açıldığı tarihten” itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini gerekirken temyize konu kararda davacıya ödenmesi gereken tazminat tutarına uygulanacak faizin başlangıcının idareye başvuru tarihi olarak belirlenmesinde hukuki isabet...”^[18]

görmemiş ve kararı bozmuştur. Dolayısıyla faizin başlangıç tarihi konusunda Danıştay içtihatlarının yerleşik olmaktan öte çelişkiler içerdiğini vurgulamak gerekmektedir. Başka bir kararında ise durum daha da karmaşık bir hal almıştır. Zira ilgilinin idari işlem nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebiyle idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine açmış olduğu davada yerel mahkeme faizin başlangıç tarihi için idarenin yapılan başvuruyu reddettiği

[18] Danıştay On İkinci Dairesi, 21 Nisan 2015 Tarih ve E. 2013/4830, K. 2015/2557 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 13.01.2024). Kararın karşı oyunda, faizin başlangıç tarihinin idareye başvuru tarihi olması gerektiği ifade edilmiştir.

tarihi dikkate alması üzerine Danıştay, dava açma tarihinin esas alınması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Buna göre,

“...idari yargı yerinde dava açma tarihi olan 11.04.2003 tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi gerekirken, idareye yapılan başvurunun reddi tarihi olan 13.03.2003 günü esas alınarak faiz işletilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”^[19]

Zarara uğrayan ilgili İYUK’un 12’nci maddesi uyarınca zarara sebep olan işlemin iptalini talep ettikten sonra tam yargı davası açmış ise bu durumda açılan dava sonucu ödenecek tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi konusunda Danıştay, tam yargı davasından önce açılan iptal davasından önce idareye başvuru var ise bu tarihi yok ise iptal davasının açıldığı tarihi esas almaktadır. Bir kararında bu hususu,

“...iptal davasının sonuçlanması üzerine usulüne uygun olarak tam yargı davası açmaları durumunda ise, hükmedilecek maddi tazminat için yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, iptal davasının açıldığı tarih (varsa bu davaya konu olan başvuru tarihi) olarak kabul edilmesi gerekmektedir.”^[20]

şeklinde ifade etmektedir. Aynı karar uyarınca,

“Aksi takdirde, iptal davasının sonuçlanmasını bekledikten sonra tazminat istemiyle dava açanların faiz yönünden mağdur olacakları, bunun ise yasakoyucu tarafından amaçlanmadığı açıktır.”

Danıştay’a göre iptal davası ile tam yargı davası arasında geçecek sürede ilgililer hak kaybına uğrama ihtimalinin önüne geçilmiştir. Hakkaniyete uygun yargılama yönünden olumlu sayılabilecek bu bakış açısı, faizin zararın doğduğu andan itibaren işletmeye başlamamasından kaynaklanan mağduriyeti göz ardı etmektedir. Benzer yönde Danıştay başka bir kararında,

[19] Danıştay Altıncı Dairesi, 24 Kasım 2009 Tarih ve E. 2007/5110, K. 2009/11382 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[20] Danıştay Beşinci Dairesi, 23 Şubat 1993 Tarih ve E. 1990/470, K. 1993/786 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay On İkinci Dairesi, 18 Nisan 2013 Tarih ve E. 2010/2736, K. 2013/2872 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

“...hukuka aykırılığı yargı kararı ile tespit edilen işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal haklarının idarece tazmin edilmesinin Anayasal ve yasal bir zorunluluk olduğu gerekçesiyle; davacının 08.05.2006-21.12.2010 tarihleri arasında yoksun kaldığı parasal haklarının ilk dava açma tarihi olan 08.05.2006 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte...”^[21]

ödenmesi yönündeki derece mahkemesi kararını onamıştır. Bu kararda da Danıştay, ilgilinin zararının tazmini talebiyle idareye yaptığı bir başvurunun olup olmamasını araştırmadan dava açma tarihini faizin başlangıcına esas aldığı ve kararın bu yönüyle yerleşik içtihadına aykırı olduğunu ifade etmek gerekmektedir^[22].

Kamu kurum ve kuruluşlarından kapsam dışı personel olarak çalışmakta iken emekliye ayrılan kişilerin kıdem tazminatı veya yıllık izin ücreti gibi hak edişlerinin ödenmemesi nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay kural olarak, ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faizin

[21] Danıştay On İkinci Dairesi, 7 Nisan 2015 Tarih ve E. 2011/7127, K. 2015/2050 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 20.01.2024). Kararın karşı oyunda, iptal davası üzerine açılan tam yargı davalarında faizin başlangıç tarihinin, iptal davasının sonuçlanması üzerine ilgili idareye başvurmuşsa bu tarihten başvuru mevcut değil ise tam yargı davasının açıldığı tarihten başlatılması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece, “...tazminat konusunda idareyi harekete geçirme iradesinin ortaya konularak idareyi temerrüde düşürme zamanının belirlenmesi esas alınmaktadır.” İYUK’un 28’inci maddesi uyarınca idare iptal kararının gereğini yerine getirmek zorundadır. Kararın gereği de iptal edilen işlem idare tarafından hiç yapılmamış gibi hareket edilmesidir. Bu durumda işlem nedeniyle ilgilinin uğramış olduğu zarar ve bu zararın zamanında giderilmemiş olmasından kaynaklanan faiz gibi ek zararlarının da karşılanmasıdır. Karşı oydaki görüş İYUK’un 28’inci maddesi hükmünün bu anlamını göz ardı eder niteliktedir.

[22] Benzer yönde bkz. “...davacının hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının “iptal davasının açıldığı tarihten” itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini gerekirken, temyize konu kararda davacıya ödenen ana paraya uygulanacak faizin başlangıç tarihinin “tam yargı davasının açıldığı 15.9.2010 tarihi” olarak belirlenmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay On İkinci Dairesi, 25 Mart 2013 Tarih ve E. 2012/1674, K. 2013/2026 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 01.02.2024); Danıştay On İkinci Dairesi, 8 Nisan 2013 Tarih ve E. 2010/945, K. 2013/2448 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay On İkinci Dairesi, 20 Ekim 1997 Tarih ve E. 1996/160, K. 1997/2268 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

başlangıç tarihi için, bu konudaki özel hüküm olan 25 Ağustos 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununun 14'üncü maddesinin on birinci fıkrasının^[23] gereğini uygulamakta ve sözleşmenin sona erdiği tarihi esas almaktadır^[24]. Aksi yönde bir kararına göre ise, ilgilinin kıdem tazminatının sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren işleyecek en yüksek reeskont faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açtığı davada yerel mahkemenin, "... kıdem tazminatının dava açma (...) tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazminine..." yönünde verdiği kararı onamış ve karar düzeltme talebini reddetmiştir^[25]. Kamu çalışanının emekli ikramiyesinin eksik ödenmesi üzerine açılan davada da Danıştay, yerel mahkemenin faiz başlangıcının hak ediş tarihinden itibaren işletilmesi yönündeki kararını,

"...davacının yoksun kaldığı emekli ikramiyesi tutarının idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesince faizin başlangıç tarihinin hak ediş tarihi olduğu yönünde hüküm kurulması(n)..."

hukuka aykırı bularak bozmuştur^[26]. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine istinaden sözleşmeli personel statüsünde görev yapmakta

[23] *"Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır."*

[24] Danıştay On Birinci Dairesi, 9 Nisan 2008 Tarih ve E. 2007/924, K. 2008/3617 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Kararın karşı oyunda, Danıştay'ın süreklilik kazanmış içtihadına atıf yapılarak faizin idareye başvuru yoksa dava tarihinden itibaren başlatılması gerektiği ifade edilmiştir. Benzer yönde karar için bkz. Danıştay On Birinci Dairesi, 7 Şubat 2013 Tarih ve E. 2013/638, K. 2013/932 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 03.01.2024); Danıştay On Birinci Dairesi, 16 Ocak 2014 Tarih ve E. 2013/4273, K. 2014/24 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 22.01.2024).

[25] Danıştay İkinci Dairesi, 8 Şubat 2013 Tarih ve E. 2012/9114, K. 2013/623 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 29.01.2024). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay On Birinci Dairesi, 20 Mart 2014 Tarih ve E. 2012/4358, K. 2014/1189 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[26] Danıştay On Birinci Dairesi, 28 Şubat 2013 Tarih ve E. 2010/7772, K. 2013/2042 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 09.02.2024). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay On Altıncı Dairesi, 13 Nisan 2015 Tarih ve E. 2015/5358, K. 2015/1584 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay On Birinci Dairesi, 25 Mart 2013 Tarih ve E.

iken hizmet sözleşmesi sona eren ilgilinin iş sonu tazminatının ödenmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi sebebiyle açtığı davada Danıştay, ilgilinin faiz başlangıcının sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren işletilmesi talebine karşın, “...davacıya ödenmesine hükmedilen iş sonu tazminatına uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihi olarak idareye başvuru tarihinin esas alınması gerekirken, işlem (...) tarihinin esas alınmasında hukuki isabet...” görmemiştir^[27]. Kamu görevlisinin göreve 10 gün gelmemesinden bahisle görevden çekilmiş sayılmasına dair işlemin iptalini ve mahrum kalınan özlük haklarının işlem tarihinden itibaren faiziyle birlikte talep ettiği uyuşmazlıkta Danıştay, “...yasal faizinin başlangıç tarihinin, dava tarihi esas alınarak, bu tarihten itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte idarece davacıya ödenmesine...” karar vermiştir^[28].

Danıştay ilgilinin daha önce yersiz veya fazladan ödediği bir vergi^[29], idari para cezası^[30] veya teminat söz konusu olması halinde, fazladan ya da haksız yere yapılan bu ödemelerin iadesi istemiyle açılan davalarda, ödenmesine karar verdiği tazminata uygulanacak faizin başlangıcı hususunda ödeme

2009/5201, K. 2013/2935 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). 2009/5201 esas numaralı kararın karşı oyunda, faizin emeklilik ikramiyesinin hak edildiği tarihten itibaren işlemeye başlatılması gerektiği ifade edilmiştir.

[27] Danıştay İkinci Dairesi, 25 Mart 2014 Tarih ve E. 2010/2107, K. 2014/2541 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay On İkinci Dairesi, 13 Mart 2023 Tarih ve E. 2019/571, K. 2023/1088 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 11.01.2024). Yerel mahkemenin iş sonu tazminatına faiz işletilmesi hakkında idareye başvuru tarihi yerine dava tarihini esas almasının hukuka aykırı olduğu yönünde Danıştay kararları için bkz. Danıştay İkinci Dairesi, 22 Mayıs 2013 Tarih ve E. 2009/1507, K. 2013/3205 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 12.01.2024); Danıştay İkinci Dairesi, 22 Mayıs 2013 Tarih ve E. 2009/1869, K. 2013/3195 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[28] Danıştay On İkinci Dairesi, 9 Mart 2023 Tarih ve E. 2018/8607, K. 2023/978 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Kararda yer alan yerel mahkeme sürecine ilişkin bilgilerden, ilgilinin idareye başvuru yapmaksızın doğrudan dava açtığı anlaşılmaktadır.

[29] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26 Nisan 2023 Tarih ve E. 2022/849, K. 2023/447 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[30] Danıştay On Beşinci Dairesi, 24 Ocak 2014 Tarih ve E. 2013/3614, K. 2014/160 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 13 Mart 2015 Tarih ve E. 2011/1239, K. 2015/1507 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 24.01.2024).

tarihi veya teminatın irat kaydedilmesi tarihini^[31] esas almaktadır.^[32] Fazladan yapılan vergi ödemesinin iadesi talebiyle ilgili açılan davalarda hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi konusundaki içtihadın 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) ilgili maddeleri gereğince olduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim VUK'un 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca,

“Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.”

Faizin başlangıç tarihinin, ilgilinin zararının doğduğu andan itibaren hesaplanması gerektiğine ilişkin bir karara özellikle yer vermek gerekmektedir. Zira bu kararında Danıştay, faizin başlangıç tarihinin neden zararın doğduğu tarih olması gerektiğiyle ilgili olarak gerekçe ortaya koymuştur.

İlgilinin *“...Müdürlüğü Gıda ve Çevre Kontrol Şube Müdürlüğü'nde çevre sağlığı teknisyeni olan ve şube müdürlüğü görevini vekaleten yürüt(ürken), ... Tarım İl Müdürlüğü emrine atanmasına ilişkin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın ... tarihli, Sağlık Bakanlığı'nın ... tarihli işlemlerinin iptali istemiyle açtığı davada verilen iptal kararı üzerine ...—... tarihleri arasında ... Tarım İl Müdürlüğü'nde çalıştığı süre içerisinde yoksun kaldığı döner sermaye ücretinin emsal şube müdürlerine ödenen miktar esas alınarak yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesi istemiyle...”*

açılan davada Danıştay,

“...yargı kararı ile iptal edilen atama işlemi idarece hiç tesis edilmeseydi, dolayısıyla davacı önceki görevi olan İl Sağlık Müdürlüğünde vekaleten yürüttüğü şube müdürü görevinde kalsaydı, ... tarihi itibarıyla (atama işlemi sonrasında

[31] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 4 Mayıs 2023 Tarih ve E. 2018/1319, K. 2023/2170 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[32] Danıştay Onuncu Dairesi, 31 Mart 2014 Tarih ve E. 2013/5051, K. 2014/2021 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 11.01.2024).

görevinden ayrıldığı tarih) döner sermaye payının kendisine ödeneceği dikkate alındığında, bu suretle tarafına ödenmesi gereken döner sermaye payının hak ettiği tarihten itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte idarece hesaplanarak davacıya ödenmesi yargı kararının sonucudur. Yasal faiz, hak edilen bir meblağdan mahrum kalmanın karşılığıdır. Bu nedenle, davacıya ödenmesi gereken döner sermaye paylarının ... tarihini izleyen ilk ödeme tarihi ve takiben hak edildiği tarihler itibariyle faizlerinin de hesaplanması zorunludur. Bu nedenle Mahkeme kararının, yasal faizin başlangıç tarihini, davacının davalı idareye başvuru tarihi olan ... tarihi olarak belirlemesine ilişkin kısmında hukuki isabet... ”

görmeyerek kararı bozmuştur^[33]. Bu karar, karşılanması gereken gerçek zararın^[34] ne zaman ortaya çıktığı ve faizin anlamını ifade etmesi yönünden önemlidir.

C) İDARİ EYLEMDEN KAYNAKLANAN ZARARDA FAİZİN BAŞLANGICI

İlgilinin zararı idarenin eyleminden kaynaklanmışsa, zararın telafisi için açılan tam yargı davasında mahkemenin vermiş olduğu tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi, kural olarak, İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca dava açmadan önce idareye yapılması zorunlu olan başvuru tarihinden böyle bir başvuru yok ise dava tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. Danıştay'a göre, istikrar kazanmış bu içtihadının temelinde, idarenin en erken kendisine yapılan bu başvuru sonucu zararı telafi edebileceği, başka bir deyişle idarenin başvuru ile temerrüde düşürüldüğü yatmaktadır^[35]. Süreklilik kazanmış bu

[33] Danıştay Beşinci Dairesi, 23 Ocak 2014 Tarih ve E. 2011/565, K. 2014/409 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 27.01.2024).

[34] Güran'a göre gerçek zarar, "...olay anında, madde aleminde, "tamamen" İdarenin tasarrufunun yol açtığı, sebep olduğu fiilen doğmuş zararlar ile, olayın "uzantısı" olarak ilerde doğması kesinlik taşıyan zararlardır." Sait Güran, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.156.

[35] "...idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibariyle yasal faiz uygulanması Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir." Danıştay Onuncu

içtihadın yaratmış olduğu mağduriyetler veya ek zararlar söz konusudur. Bu bölümde, davanın adli yargı yerinde açılması halinde ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi, İYUK'tan farklı bir usul hükümleri barındıran 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun uyarınca ödenmesi öngörülen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi, ıslah kurumunun İYUK'ta düzenlenmesi nedeniyle ıslah talebi sonrası faizin başlangıç tarihi ve son olarak manevi tazminata hükmedilmesi durumunda faizin başlangıç tarihi de incelenecektir. Bunlara geçmeden evvel genel olarak Danıştay'ın idari eylemden kaynaklanan zarar nedeniyle ödenecek tazminata uygulanması gereken faizin başlangıç tarihine ilişkin içtihadına yer vermek gerekmektedir.

Ev ve işyerlerinin bulunduğu yere yapılan alt geçit nedeniyle sahip oldukları mülklerin değerlerinde yaşanan kaybın giderilmesi talebiyle açılan davada Danıştay,

“İdari işlem veya eylemlerden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihi olarak idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması(nın)...”

yerleşik içtihat olduğunu ifade etmiştir^[36]. Danıştay'a göre faiz başlangıcının başvuru tarihinden itibaren başlayabilmesi için başvuru dilekçesinde faiz talebinin yanı sıra faizin hangi tarihten itibaren talep edildiğinin de yer alması gerekmektedir^[37]. Aksi halde faizin başlangıcı dava tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. Diğer taraftan, faizin başlangıç tarihi ilgilinin İYUK'un

Dairesi, 30 Aralık 2008 Tarih ve E. 2008/4286, K. 2008/9585 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[36] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2004/2679, K. 2005/250 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 29.12.2023). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2003/57, K. 2005/237 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2 Aralık 2013 Tarih ve E. 2010/2741, K. 2013/4312 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Şubat 2014 Tarih ve E. 2009/8745, K. 2014/773 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 21.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Temmuz 1995 Tarih ve E. 1994/7359, K. 1995/3559 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[37] Danıştay Onuncu Dairesi, 31 Ocak 2014 Tarih ve E. 2013/4795, K. 2014/557 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 25.01.2024).

13'üncü maddesi uyarınca idareye yaptığı başvuru tarihi olup idarenin bu talebi reddettiği tarih değildir^[38]. Faiz başlangıcıyla ilgili idareye başvuru var ise bu tarihin başvuru yok ise dava tarihinin esas alınması yönündeki yerleşik içtihadına aykırı olarak Danıştay bir kararında İYUK'un 13'üncü maddesi hükmü gereği idareye başvurunun söz konusu olmaması halinde, ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faize başlangıç olarak davanın açıldığı tarihin değil dava dilekçesinin idareye tebliğ tarihinin esas alınması gerektiğine karar vermiştir^[39].

Danıştay, 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan sulh başvurusu üzerine açılan davalarda, faiz başlangıç tarihinin kural olarak idareye başvuru tarihi olduğu yönündeki içtihadından sapmaktadır. 5233 sayılı Kanun, kapsamında bulunan maddi zararların sulhen karşılanması için İYUK'un 13'üncü maddesinden ayrı, özel bir usul öngörmektedir. Danıştay, 5233 sayılı Kanun uyarınca sulh name tasarısının kabul edilmemesi üzerine açılan davalarda ödenmesine karar verdiği tazminata işletilecek faizin başlangıç tarihi için, süreklilik kazanmış içtihadı olan idareye başvuru tarihini değil ilgili sulh name tasarısının kabul edilmemesi tarihini esas almaktadır^[40]. Dolayısıyla faizin işlemeye başlayacağı tarih, İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca açılan tam yargı davalarından da ileri bir tarihe ertelenmektedir. Çünkü Danıştay'a göre İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca açılan davalarda faizin başlangıç

[38] Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Mart 2010 Tarih ve E. 2008/2007, K. 2010/1843 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 19 Mart 1998 Tarih ve E. 1996/10292, K. 1998/1190 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[39] Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Haziran 2022 Tarih ve E. 2017/2011, K. 2022/3173 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 08.02.2024).

[40] "5233 sayılı Yasanın, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinden ayrılan ve (...) 5233 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi kapsamında yapılan başvuruların, ilgilinin sulhname tasarısını kabul etmemesi nedeniyle uyumsuzlukla sonuçlanması üzerine açılan davalarda, davacı lehine hükmedilecek yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin değil; sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması gerekmektedir." Danıştay Onuncu Dairesi, 30 Aralık 2008 Tarih ve E. 2008/4286, K. 2008/9585 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 08.02.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, 27 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2008/11150, K. 2009/5084 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 06.02.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 28 Mart 2013 Tarih ve E. 2011/9546, K. 2013/2417 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 09.02.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 20 Mart 2014 Tarih ve E. 2013/9715, K. 2014/2027 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 08.02.2024).

tarihi ilgilinin idareye başvuru tarihi olmakla birlikte, 5233 sayılı Kanun uyarınca açılan davalarda faiz başlangıç tarihi, ilgilinin başvurusunda itibaren komisyonun kurulması, komisyonun inceleme yapması ve son tahlilde sulhname tasarısının hazırlanarak ilgiliye tebliğine kadar ertelenmektedir.

İlgilinin idari yargıda çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkla ilgili davayı adli yargıda açması halinde, İYUK'un 9'uncu maddesi hükmü gereği idari yargıda davanın açılması sonucu hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıcına ilişkin de Danıştay içtihadının tutarlı olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Kural olarak faizin başlangıç tarihi için ilgilinin adli yargı yerinde açtığı dava tarihi esas alınmaktadır^[41]. Ancak aksi yönde, faiz başlangıcının idari yargı yerinde açılan dava tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına yönelik kararı da bulunmaktadır^[42]. Adli yargıda dava açılmış olması ve bu davanın görevden reddi üzerine idari yargıda açılan davada eğer davacı dava dilekçesinde idari yargıda açılan dava tarihinden itibaren faiz talep etmişse Danıştay bu halde ilgilinin talebi doğrultusunda, açılan dava tarihinden itibaren faize hükmetmektedir^[43].

Tam yargı davalarında davanın açılmasından sonra talep edilen miktarın İYUK'un 16'ncı maddesi hükmü uyarınca artırılması halinde, ödenmesine karar verilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi konusunda da Danıştay çelişkili kararlar vermektedir. Bazı kararlar, miktar artırım dilekçesi

[41] "...idari yargının yerleşik içtihatlarıyla belirlendiği üzere, olayda, yasal faizin adli yargı yerinde açılan dava tarihinden itibaren hesaplanması gerekeceği de açıktır." Danıştay Onuncu Dairesi, 16 Haziran 1998 Tarih ve E. 1996/10203, K. 1998/2643 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 08.01.2024).

[42] Danıştay Altıncı Dairesi, 24 Şubat 2009 Tarih ve E. 2006/6700, K. 2009/1774 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024). Kararın içeriğinden her ne kadar adli yargı yerinde açılan davanın seyrine ilişkin net bir açıklamaya ve dolayısıyla faiz başlangıç tarihine yönelik bilgiye ulaşmak mümkün olmasa da karşı oyda geçen, "...davacıların maddi ve manevi tazminat istemiyle ... tarihli dilekçe ile ilk olarak ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açtıkları, anılan davanın ... günlü, ... sayılı kararlar görev yönünden reddedilmesi üzerine de görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, kabul edilen tazminatın adli yargı yerinde dava açıldığı ... tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiğinden..." ifadelerden bu sonuca ulaşmak mümkündür.

[43] Danıştay Onuncu Dairesi, 14 Eylül 2021 Tarih ve E. 2019/4784, K. 2021/4064 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

verilmesi halinde de faiz başlangıcı için idareye başvuru tarihi esas alınması gerektiği yönünde iken^[44], bazı kararlar faiz başlangıcına ıslah dilekçesinin davalı idareye tebliğ tarihinin esas alınması gerektiği yönündedir^[45].

Uğranılan zarar ve olay nedeniyle “...duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçla(yan)...”^[46] manevi tazminatın da talep edildiği tam yargı davalarında, bu tazminata faiz işletilip işletilmeyeceği ve işletilecekse

[44] “...uğranılan zararın gerçek miktarının Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda net bir şekilde ortaya çıkması durumunda, ortaya çıkan bu gerçek zararın tamamının tazmini amacıyla verilen miktar artırımına (ıslah) ilişkin dilekçenin yeni bir dava niteliğinde olmayıp, mevcut davada talep edilen tazminat miktarının ıslah suretiyle artırımına olanak sağlayan yasal bir hakkın kullanımına ilişkin olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, artırılan tazminat miktarı yönünden davanın kabul edilmesi halinde, yasal faizin başlangıcının bu miktar yönünden de, idarenin uyumsuzluğunun esasında ihtilafa, bir başka anlatımla temerrüde düştüğü tarih olduğu sonucuna varılmaktadır.” Danıştay Sekizinci Dairesi, 5 Nisan 2023 Tarih ve E. 2019/625, K. 2023/1660 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi, 2 Mart 2023 Tarih ve E. 2020/2422, K. 2023/946 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024); Danıştay Sekizinci Dairesi, 3 Haziran 2022 Tarih ve E. 2020/2398, K. 2022/3766 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024); Danıştay Sekizinci Dairesi, 15 Haziran 2021 Tarih ve E. 2020/2168, K. 2021/3125 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024). Benzer yönde Bölge İdare Mahkemesi kararı için bkz. Samsun Bölge İdare Mahkemesi İkinci İdari Dava Dairesi, 31 Aralık 2020 Tarih ve E. 2020/329, K. 2020/934 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

[45] “Bakılan davada, davacı tarafından, ... havale tarihli dilekçe ile bilirkişi raporu uyarınca maddi tazminat miktarı artırılmış, anılan dilekçe ... tarihinde davalı idare kayıtlarına girmiştir. Dolayısıyla bakılan davada artırılan tazminat miktarına (...), miktar artırım dilekçesinin idare kayıtlarına girdiği ... tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, idareye başvuru tarihi olan ... tarihinden itibaren faiz yürütülmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay On Beşinci Dairesi, 24 Ekim 2017 Tarih ve E. 2017/1169, K. 2017/5908 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Şubat 2016 Tarih ve E. 2014/3793, K. 2016/628 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 24 Ekim 2017 Tarih ve E. 2017/1697, K. 2017/5953 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 15.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Nisan 2023 Tarih ve E. 2019/5328, K. 2023/1991 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 16.01.2024).

[46] Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Mart 2008 Tarih ve E. 2007/8532, K. 2008/1231 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

bu tarihin ne olduğu konusu da Danıştay'ı meşgul etmiştir.^[47] Danıştay eski tarihli bir kararlarında manevi tazminatı,

“...patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğu, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığı dikkate alındığında takdir edilecek manevi tazminatın da zenginleşmeye yol açmayacak miktarda saptanması gerektiği...” şeklinde ifade ettikten sonra, *“...manevi tazminatın belirtilen niteliğine göre manevi tazminat için ayrıca faize hükmedilmemesinde hukuka aykırılık...”*

görmemiştir^[48]. Bu karara kıyasla daha yeni tarihli kararlarında ise manevi tazminata da faiz işletilmesi gerektiğine hükmetmektedir^[49]. Kararına gerekçe olarak da gerçek zararın ancak manevi tazminata faiz işletilmesi yöntemiyle giderilebileceğini göstermektedir^[50]. Manevi tazminata faiz işletilmesi

[47] Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gürsel Kaplan, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Eylül 2006, s.24.

[48] Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Mart 1998 Tarih ve E. 1996/10292, K. 1998/1190 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 11.01.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, 16 Ocak 1985 Tarih ve E. 1982/2908, K. 1985/26 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 60-61, s.462.

[49] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2004/2413, K. 2005/249 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 10.01.2024). Kararın karşı oyunda, manevi tazminatın ilk defa ancak dava sırasında tespit edilebilecek nitelikte olduğu ve bu sebeple idare tarafından dava öncesinde ödenmesine ve dolayısıyla bir gecikmiş ödemeden bahsedilmesine teknik olarak imkân bulunmayan manevi tazminata faiz işletilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Manevi tazminata faiz işletilmesi gerektiği hususunda benzer karar için bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, 25 Mart 2003 Tarih ve E. 2002/4177, K. 2003/1089 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

[50] *“Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Bu itibarla, ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi, hükmedilen manevi tazminat tutarına idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasını gerektirmektedir.”* Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Mart 2008 Tarih ve E. 2007/8532, K. 2008/1231 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

gerektiği yönündeki kararlarında Danıştay, faiz başlangıcı için idareye başvuru tarihini^[51] başvuru yok ise dava tarihini esas almaktadır^[52].

Danıştay'ın faiz başlangıç tarihine ilişkin yukarıda yer verilen içtihadı, kararlarında iddia ettiği üzere ve çelişkili kararlardan da görüleceği üzere istikrarlı olmamanın yanı sıra gerçek zararın telafi edilebilmesi anlamında da hukuka uygun değildir. Esas olarak uğranılan zararın telafisi, zararın meydana geldiği andan itibaren hesaplanacak tazminata yine zararın meydana geldiği andan itibaren işletilecek faiz ödemesiyle mümkündür. Bu çerçevede öncelikle faiz kavramı ve faizin mülkiyet hakkıyla olan ilişkisinin ortaya konması gerekmektedir. Daha sonra Danıştay'ın içtihadında yer verdiği temerrüt kavramına ve bu kavramın idari işlem ve eylemler için uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Son olarak, bu açıklamalar ışığında Danıştay'ın faiz başlangıcına ilişkin içtihadının hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

II. FAİZ VE MÜLKİYET HAKKI İLİŞKİSİ

Faizle ilgili TBK, 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve 4 Aralık 1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda (3095 sayılı Kanun) birçok hüküm bulunmasına rağmen faizin tanımı yapılmamıştır. Bir Yargıtay kararında da bu durum özellikle vurgulanmıştır^[53]. Bu sebeple faizin tanımı için doktrin ve içtihata başvurmak gerekmektedir. Doktrinde faiz genel olarak, alacaklının belirli bir parayı kullanmaktan mahrum kaldığı dönem için borçludan talep ettiği meblağ olarak tanımlanmaktadır^[54]. Kelime olarak kökeni Arapça olan

[51] Danıştay Sekizinci Dairesi, 2 Mart 2023 Tarih ve E. 2020/2422, K. 2023/946 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 14.01.2024).

[52] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2004/2413, K. 2005/249 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[53] “Kanunlarımızda faizin tanımı yapılmamıştır. Farklı kaynakları ve farklı uygulama alanları bulunduğundan faizin yeterli bir tanımını vermek de zorluk arz eder.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16 Mayıs 2018 Tarih ve E. 2017/1628, K. 2018/1098 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[54] Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku Umumi*, Çev. Cevat Edege, İstanbul, Filiz, 1983, s.61; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri I*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1961, s.69; Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, *Danıştay Dergisi*, Cilt 94, 1998, s.9.

faiz kavramı asıl olarak verilen bir miktar paranın geliri anlamına gelmekle birlikte, zamanla anlamı genişlemiş ve alacak-borç ilişkisinin söz konusu olduğu tüm hukuksal ilişkilerde, bu ilişkinin oluşu ve sonucuna bağlanan ve karşılığı para olarak belirlenen tutardır^[55]. Diğer bir deyişle ortadaki ilişkinin sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya idari işlem veya eylem nedeniyle uğranılan zarardan kaynaklanması, faiz talep etmek anlamında herhangi bir fark arz etmemektedir.

Yargı kararlarına bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) faizi, “...bir borcun ödenmesindeki olası gecikme...” ve “...ödenecek tazminatın zarar giderici etkisini azalt(ıcı)...” bir ödeme türü olarak ifade etmektedir^[56]. Anayasa Mahkemesi (AYM) bir kararında faizi, ilk anlamıyla yani verilen bir paranın belirli bir süre için kullanılmamasından kaynaklanan bir paranın kullanılmayan dönem için ödenen bedeli olarak ifade etmiştir. Mahkemeye göre,

“... faiz; ekonomik açıdan, «paranın fiatı»dır. Herhangi bir kimse, kendisine ait olmayan bir parayı, hangi isim altında olursa olsun, belli bir süre kullandığında, paranın asıl sahibine “faiz” ödemek zorundadır. Çünkü paranın likidite özelliği, onun her an her türlü üretim faktörünü, mal ve hizmeti satın alabilmesine olanak verir. Daha açık bir deyişle parayı nakit olarak elinde bulunduran kimse, “bugünkü” ihtiyaçlarını karşılayabildiği gibi, piyasanın “yarına dönük” olanaklarından da yararlanabilir. Elindeki parayı başkasına veren veya kendine belli tarihte ödenmesi gereken bir miktar para olduğu halde bu parası ödemeyen kimse ise bu imkânlardan yararlanamaz. Bu nedenle parayı kullanan kimsenin, parayı kullanmaktan vazgeçen kimseye bu kaybını ödemesi gerekir.”^[57]

[55] Efrail Aydemir, *Hukuk Uygulamasında Faiz*, Ankara, Seçkin, 2014, 2. Baskı, s.13; Mustafa Nihat Özön, *Küçük Osmanlıca – Türkçe Sözlük*, İstanbul, İnkılap ve Aka, 1983, 3. Baskı, s.293; Çetin Arslan ve Mustafa Kırmızı, *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, Ankara, Seçkin, 2010, 3. Baskı, s.31; Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, İstanbul, Beta, 2000, 1. Baskı, s.43 vd.

[56] AİHM, *Eko–Elda Avel/Yunanistan*, No 10162/02, 09 Haziran 2006, § 29.

[57] Anayasa Mahkemesi, 27 Eylül 1988 Tarih ve E.1988/7, K.1988/27 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 24, Cilt 1, s.419. AYM vergi borcunu zamanında ödemeyenler için getirilen bir düzenlemenin iptali için açılan davada faizin

AYM bir başka kararında ise faizin farklı boyutlarına yer vererek tanımlama yapmıştır. 3095 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali için açılan davada mahkemeye göre faiz,

“...kişi veya kurumların kullanımına terk ve tahsis edilen nakdî sermayeye karşılık sermaye sahibi lehine oluşan medenî bir “semere” veya “ivaz”dır. Ayrıca alacaklının zararını karşılama işlevi olan, edinimi taahhüdüne uygun biçimde süresinde; muaccel borcunu vadesinde ödemeyen borçlunun, bu süreden yararlanmış olma sonucu alacaklı lehine doğan nakdî bir ödentidir. Kaynağı, asıl alacağın kaynağını oluşturan, hukukî işlem, hukukî fiil veya kanundur.”^[58]

Bunun dışında AYM, faize ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda, birazdan aşağıda değineceğimiz üzere, faizin asıl alacağa bağlı bir hak olduğu ve mülkiyet hakkıyla doğrudan bağlantılı olduğunu ifade etmektedir.^[59] Yargıtay ise faizi,

“Alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeni ile, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları açısından özel olarak düzenlenen,

amacını, “...kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinden dolayı hazinenin uğradığı zararı karşılamak...” olarak ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 24 Haziran 1993 Tarih ve E.1992/29, K.1993/23 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 35, Cilt 1, s.51.

[58] Anayasa Mahkemesi, 15 Aralık 1998 Tarih ve E. 1997/34, K. 1998/79 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 35, Cilt 1, s.338.

[59] Anayasa Mahkemesi, 15 Aralık 1998 Tarih ve E. 1997/34, K. 1998/79 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 35, Cilt 1, s.338; Anayasa Mahkemesi, 10 Şubat 2011 Tarih ve E. 2008/58, K. 2011/37 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 48, Cilt 2, s.742-744; Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, 19 Aralık 2013 Tarih ve 2013/87 Başvuru Numaralı *Mehmet Akdoğan ve diğerleri* Kararı, § 52, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/817>); Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 25 Şubat 2015 Tarih ve 2013/28 Başvuru Numaralı *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.* Kararı, § 46, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/28>); Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, 23 Mart 2016 tarih ve 2013/6880 Başvuru Numaralı *Abdulhalim Bozboğa* Kararı, § 58 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6880>); Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 25 Temmuz 2017 Tarih ve 2014/7621 Başvuru Numaralı *Ferda Yeşiltepe* Kararı, § 29 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7621>).

tahsil için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semere olarak (...)

tanımlamaktadır^[60]. Danıştay da benzer şekilde faizi, “...kişilerin hak etmiş oldukları alacakları zamanında alamamaları nedeniyle söz konusu paradan mahrum kaldığı süreye ve belli bir orana bağlı olarak hesaplanan bir karşılık...” olarak ifade etmektedir^[61].

11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 131’inci maddesinin 1’inci fıkrasından yola çıkılarak, faizin asıl borca bağlı bir yan alacak olduğunu ifade etmek mümkündür^[62]. Dolayısıyla faiz de asıl borç gibi bir alacak türüdür. Bir tür alacak hakkı olarak nitelendirilebilen faizin mülkiyet hakkıyla^[63] ve dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlama hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir^[64]. Konuyla ilgili bir kararında AİHM, haksız alınan verginin iadesi sürecine ilişkin olarak faiz ödemeyi reddeden idareye karşı açılan davada uyumsuzluğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1’inci maddesi^[65]

[60] Yargıtay Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 23 Haziran 2016 Tarih ve E. 2015/17465, K. 2016/10523 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 17 Aralık 2012 Tarih ve E. 2012/20456, K. 2012/25888 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[61] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24 Ocak 2022 Tarih ve E. 2021/2486, K. 2022/135 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay İkinci Dairesi, 15 Şubat 2013 Tarih ve E. 2009/5076, K. 2013/785 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[62] TBK 131/1: “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.”

[63] Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Ankara, Yetkin, 2009, 1. Baskı, s.289.

[64] Burada genel olarak mülkiyet hakkının kapsamı, hakkın sınırlandırılabilmesine ilişkin ilgili maddede yer alan sebepler ve konuya ilişkin içtihat, çalışmanın kapsamını açacağı için ele alınmamıştır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2011; Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, *op. cit.*; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, Ankara, A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

[65] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1’inci maddesinin 1’inci fıkrası: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle

kapsamında ele almıştır. Mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını, başka bir ifadeyle mülkiyet hakkını düzenleyen bu madde uyarınca Mahkeme, idarenin faiz talebini reddetmesinin ilgili protokole aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir^[66]. AYM de Kamulaştırma Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 9'uncu fıkrasında yer alan, “*Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir*” hükmünün iptali için açılan davada^[67] ilgili hükmü Anayasa'nın 13'üncü, 35'inci ve 46'ncı maddeleri kapsamında denetlemiş ve iptal etmiştir. Bu denetimi yaparken Mahkeme'nin mülkiyet hakkı ile faiz arasında bağlantı kurması mühimdir. Mahkemeye göre, “...*mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.*” Mülkiyet hakkı kapsamında yer alan alacak hakkı ve bu alacağa uygulanacak faize ilişkin olarak,

“...*alacakların da mülkiyet hakkı kapsamında olduğu, devlet tarafından alacakların geç ödenmesi hâlinde enflasyon oranları altında olmayan bir faiz ödenmesinin bireyin hakları ve kamu düzeni bakımından önem taşıdığı (...)*”

ifade edilmiştir^[68]. Danıştay'a göre de faiz ile mülkiyet hakkı arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Vermiş olduğu bir kararda bu ilişkiyi,

“*Haksız veya yersiz olarak tahsil edildiği tespit edilen vergilerin iadesinde ilgilinin ödediği paradan mahrum kaldığı süre zarfında, enflasyon nedeniyle paranın değerinde meydana gelen aşınma ve mülkiyetin gerçek değerinde oluşan azalma nedeniyle faiz ödenmesi gerektiği açıktır. Aksi halde paranın değerinde meydana gelen aşınma nedeniyle alacağın tahsil tarihindeki gerçek değeri iade*

ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

[66] AİHM, *Eko-Elda Avel/Yunanistan*, No 10162/02, 09 Haziran 2006.

[67] Anayasa Mahkemesi, 5 Nisan 2023 Tarih ve E. 2022/83, K. 2023/69 Sayılı Kararı, § 20-23-24-25, R.G. 01.08.2023-32266.

[68] Benzer yönde başka bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 10 Şubat 2011 Tarih ve E. 2008/58, K. 2011/37 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Cilt 48, Sayı 2, s.739 vd.

edilmiş olmadığından iade işlemi eksik olarak yerine getirilmiş ve ilgililerin mülkiyet hakkı korunmamış ol(acağından)...”

bahisle vurgulamaktadır^[69].

Hem idari yargıda hem de adli yargıda alacağın veya zararın söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda ödenmesine karar verilecek faize ilişkin olarak 3095 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaktadır. Faizin başlangıç tarihi ile ilgili olarak özel hukukta, TBK ve TTK'nın ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Bahsi geçen mevzuat hükümleri incelendiğinde, örneğin TBK'nın 117'nci maddesi borçlunun temerrüdünü^[70] düzenlemiş ve borçlunun ne zaman temerrüde düşeceğini de borcun kaynağına göre farklı olarak sevk etmiştir. Bu kapsamda sözleşmeden kaynaklanan borçlarda borçlu ihtar ile haksız fiillerde fiilin işlendiği tarihte, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş kabul edilmektedir. İdare hukukunda ise tazminata uygulanacak faizle ilgili Danıştay 3095 sayılı Kanun hükümlerini uygulamakla birlikte, faizin başlangıcıyla ilgili herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu boşluk Danıştay'ın geçmişten bu yana istikrarlı bir biçimde uyguladığı içtihadıyla doldurulmuştur. Danıştay'a göre,

“Hukuk devletinde, devletin hukuka aykırı işlemler nedeniyle meydana gelecek zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için, açık yasa hükmü aranması düşünülemez.”^[71]

Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Faiz veya tazminat ödenmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaması haklı olarak görülebilmekle birlikte ödenecek faizin başlangıç tarihini tespit etmek, mülkiyet hakkıyla olan yakın ilişkisi nedeniyle yasal dayanağa muhtaçtır.

[69] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26 Nisan 2023 Tarih ve E. 2022/849, K. 2023/447 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 22.01.2024).

[70] Temerrütle ilgili detaylı bilgi ve idari yargıdaki uygulamasına ilişkin eleştirilere çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

[71] Danıştay On Beşinci Dairesi, 24 Ocak 2014 Tarih ve E. 2013/3614, K. 2014/160 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay On Beşinci Dairesi, 13 Mart 2015 Tarih ve E. 2011/1239, K. 2015/1507 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

Söz konusu içtihadın geçmişten günümüze istikrarlı bir biçimde uygulanıyor olması hukuka uygun olduğu veya tartışmasız olduğu anlamına gelmemektedir. AİHM, AYM ve Danıştay kararlarında da ifade edildiği üzere, faiz alacağı asıl alacağa bağlı bir yan alacaktır ve alacak hakkı da mülkiyet hakkı kapsamındadır. Mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen bir alacak türü olan faizin ödenmesi için tespit edilen başlangıç tarihinin, Anayasanın 13'üncü maddesi hükmü gereğince ancak kanun ile sınırlandırılması mümkündür. Nitekim AYM Kamulaştırma Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 9'uncu fıkrasında yer alan, “*Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir*” hükmünün iptali için açılan davada, Anayasanın 13'üncü maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede,

“...*itiraz konusu kuralla faizin başlangıç tarihi yargılamanın dördüncü ayının sona erdiği tarih olarak belirlenmiştir. Bu durumda kamulaştırma bedelinin fiilen tahsis, kamulaştırılmış sayılma ve kamulaştırmaya esas rayiç bedelin belirlendiği tarihten daha sonraki bir tarihte ödenmiş olacağı ve bedelin belirlendiği tarihle faizin başlangıç tarihi arasındaki dört aylık bir sürede hak sahibinin enfasyon etkisiyle makul olanın ötesinde bir ekonomik kaybının oluşabileceği(ne)*”

dikkat çekmiştir. Sonuç itibariyle Mahkeme dört ay gecikmeli olarak başlatılan faiz hesabının, “...*sınırlamanın Anayasa'nın sözüne aykırı olamayacağı hükmüne aykırılık teşkil...*” ettiği gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.^[72] Görüldüğü üzere uyumsuzluk, Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili hükümlerinden kaynaklanacak bir alacağa uygulanan faizin başlangıç anını düzenleyen kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu şüphesiz olan bir alanı kanun ile düzenlerken Anayasanın 13'üncü maddesi hükmüne aykırı düzenleme yapmış ve ilgili hüküm iptal edilmiştir. Benzer yönde, 31 Mayıs 2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen Ek 17'nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarının^[73] Anayasa aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Mahkeme,

[72] Anayasa Mahkemesi, 5 Nisan 2023 Tarih ve E. 2022/83, K. 2023/69 Sayılı Kararı, § 24-25, R.G. 01.08.2023-32266.

[73] Ek Madde 17- (Ek: 21/3/2018-7103/70 md.); “(3) *Bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında talepte bulunan işverenlere iade edilecek tutar, maddenin yürürlük*

“Kuralda dava açan işverenler yönünden dava öncesi yapılan idari başvuru tarihinden itibaren faizin işleyeceği hükme bağlanmış ise de prim teşviki, destek ve indirimlerle ilgili ödemelerin birçoğunun işverenlerin idari başvuru tarihlerinden daha öncesine dayandığı açıktır. İşverenlere iade edilecek tutarın idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek kanuni faize göre hesaplanması işverenlerin mülkiyet hakkı kapsamındaki alacaklarında meydana gelen eksilmenin orantısız ve aşırı olması sonucunu doğuracaktır” ve “Görülmekte olan davalar bakımından faizin başlama tarihi olarak ödeme tarihini değil dava öncesinde yapılan idari başvuru tarihini esas alan (...) kural; (...) davacıların alacaklarına uygulanacak faizin başlangıç tarihi (...) yönünden onların aleyhine olacak şekilde bir müdahaleye neden olmaktadır”

gereçekleriyle ilgili hükmün iptal edilmesine karar vermiştir^[74]. Dolayısıyla idari yargıda uğranılan zararın tazmini amacıyla açılacak tam yargı davalarında mahkemelerin tazminata hükmetmeleri halinde ödenecek tazminata uygulanacak faizin başlangıcına ilişkin olarak konunun mülkiyet haklarıyla

tarihinden önce talepte bulunanlar için maddenin yürürlük tarihini takip eden aybaşından, yürürlük tarihinden sonra talepte bulunanlar için ise, talep tarihini takip eden aybaşından itibaren kanuni faiz esas alınmak suretiyle hesaplanarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak üç yıl içinde ödenir. Ödeme, öncelikle bu Kanununun 88 inci maddesinin on dört ve on altıncı fıkralarına göre muaccel hale gelmiş prim ve her türlü borçlardan, sonrasında ise ilgili kanunlar uyarınca yapılandırma veya taksitlendirme de dâhil olmak üzere müaccel haldeki prim ve her türlü borçlarından mahsup yoluyla gerçekleştirilir. Ancak, üç yıl sonunda ilgili kanunları gereği yapılandırılma veya taksitlendirilme sebebiyle vadesi gelmemiş taksit ödemelerinden peşinen mahsup edilir. Kuruma borcu bulunmayan işverenlere altı ayda bir eşit taksitlerle iade yapılır. (4) Görülmekte olan davalarda ayrıca bir başvuru şartı aranmaksızın, dava öncesi yapılan idari başvuru tarihinden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte hesaplanacak tutar üçüncü fıkra hükümlerine göre mahsup veya iade edilir. Mahkemelerce, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış davalarda davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilir. Yargılama giderleri idare üzerinde bırakılır ve vekâlet ücretinin dörtte birine hükmedilir. Ayrıca, ilk derece mahkemelerince verilen kararlar hakkında Sosyal Güvenlik Kurumunca kanun yollarına başvurulmaz ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan kanun yolu başvurularından vazgeçilmiş sayılır.”

[74] Anayasa Mahkemesi, 19 Şubat 2020 Tarih ve E. 2018/139, K. 2020/12 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Cilt 57, Sayı 1, s.446.

olan ilişkisi^[75] nedeniyle kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu boşluk bir temel hak ve hürriyetin söz konusu olması nedeniyle içtihatla terkedilmemelidir. Aksi halde bu durum, yargının yasamanın alanına müdahalesi nedeniyle kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca söz konusu eksik faiz ödemesi, AİHM’in Sözleşme’nin 41’inci maddesi uyarınca geliştirdiği “*hakkaniyete uygun tatmin*”in sağlanmasına da engel teşkil edecektir. AİHM’e göre, ihlalden kaynaklanan sonuçların iç hukukta tam olarak giderilememesi halinde, bu ilkenin uygulanması mümkündür^[76].

III. FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ İÇİN UYGULANAN BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ OLGUSU VE İDARİ YARGIDA UYGULANABİLİRLİĞİ

A) BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Geçmiş Roma Hukukuna kadar dayanan ve borca aykırılık hallerinden birisi olan borçlunun temerrüdü, kavram ve gelişim olarak kaynağını özel hukuktan almaktadır^[77]. TBK’nın 117 ile 126’ncı maddeleri arasında düzenlenen borçlunun temerrüdünün tanımı Kanun’da yer almamaktadır.

“*Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir*”^[78].

TBK’nın 117’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “*Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” Dolayısıyla kural olarak borçlunun temerrüde düşebilmesi için öncelikle muaccel hale gelmiş bir borcunun varlığı şarttır. Böyle bir borçtan ötürü borçlunun temerrüde

[75] Murat Tezcan, “Kamulaştırma Hukukunda Faiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 72, Sayı 2, Mart, 2014, s.512.

[76] Hakkaniyete uygun giderim/tatmin hakkında bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları*, Ankara, Turhan, 2013, 10. Baskı, s.117-118.

[77] Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, Ekim 2020, s.393.

[78] Selahattin Sulhi Tekinay et al., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz, 1993, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, s.911.

düşebilmesi için yine kural olarak alacaklının borcun ödenmesi içeriğine sahip bir ihtar çekmesi gerekmektedir.

TBK'nın 117'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için gerekli olan ihtarın gerekmediği hallere yer verilmiştir. Buna göre,

“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”

Çalışmanın kapsamı çerçevesinde ilgili hükmü özetleyecek olursak, haksız fiillerde borçlunun temerrüdü için ihtar şart değildir. Diğer bir deyişle, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın şart olduğu borç kaynağı, istisnalar bir kenara bırakılacak olursa, sözleşmeden kaynaklanan borçlardır. Uygulamada haksız fiillerden kaynaklanan alacaklar için uygulanacak faizin başlangıcına esas teşkil eden fiil tarihi olgusu kanuni düzenleme olarak ilk defa 2011 yılında yürürlüğe giren TBK getirilmiştir. Ancak bu tarihten önce de Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davalarında ödenecek tazminata uygulanacak temerrüt faizinin başlangıç tarihi fiil tarihidir. Konuyla ilgili bir kararda Yargıtay,

“...haksız fiilde (...) temerrüt için ihtarın gerekmediği yolunda açık bir yasa hükmü yoktur. Ancak, müşterek hukukun “Gaspden daima temerrüt halinde-dir” şeklindeki genel ilkesi, günümüzde de uygulama yerine sahiptir. Bu ilkeye göre, haksız fiilin faili (...) daima temerrüt halinde bulunduğu için, zaten gerçekleşmiş olan temerrüdü sağlamak üzere alacaklının bunlara ayrıca bir ihtarda bulunması gerekmez.”[79]

Söz konusu içtihadı ilke ve uygulama TBK'ya eklenerek kanuni düzenleme haline getirilmiştir.

[79] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17 Aralık 2003 Tarih ve E. 2003/787, K. 2003/774 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 20.01.2024).

B) İDARİ YARGIDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Danıştay'ın istikrarlı olarak uyguladığı içtihadına geçmeden evvel tekrar vurgulamak gerekir ki, TBK hükümleri uyarınca borçlunun temerrüde düşebilmesi için alacaklının ihtarının şart olması borcun sözleşmeden kaynaklanması halinde geçerlidir. Çalışma kapsamında TBK'da yer alan borcun kaynaklarına ve bu çerçevede haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan borçlara sıklıkla yer verilmesinin esas nedeni, Danıştay'ın faizin başlangıcı için idarenin temerrüde düşürüldüğü tarihi odaklanmış olmasıdır^[80]. Daha önce de ifade edildiği üzere, Danıştay, idari işlem ve eylemden kaynaklanan zarar söz konusu olduğunda kural olarak, ilgilinin, zararın tazmini için idareye başvuru tarihini esas almaktadır. Bu tarih Mahkeme'ye göre temerrüt tarihidir. Ancak kaynağını özel hukuktan alan temerrüt kavramına bakıldığında, alacaklının borçluya yönelttiği ihbarın faizin başlangıcına esas alınabilmesi için, mevcut bir borçlu ve muaccel hale gelmiş bir alacak söz konusu olmalıdır. TBK'ya göre bu şartlar ancak sözleşmeden kaynaklanan borçlar için geçerlidir.

İdare hukukunda idari işlem veya eylemden kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan tam yargı davaları bakımından davanın konusunu oluşturan idari işlem veya eylemin, kaynağı özel hukukta yer alan temerrüt kurumu ve bu kuruma ilişkin yasal düzenlemeler karşısındaki durumu dikkate alındığında; ortaya çıkan zararın kaynağı olan idari işlem veya eylemin ancak ve ancak haksız fiillere benzetilebilmesi makuldür. Aksi durumda, borçlunun temerrüde düşebilmesi için ihtarın (Danıştay içtihadı uyarınca ilgilinin idareye başvurusu) gerektiği hal, borcun sözleşmeden kaynaklanmasıdır ki ilgilinin iradesi dışında, tek taraflı ve icrailik özelliklerini haiz irade açıklaması olarak özetlenebilecek olan idari işlemin^[81] veya yine ilgilinin iradesi dışında kamu hizmetinin sunulması amacına dönük fiiller olarak açıklanabilecek idari

[80] “Faiz; en basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, idarenin temerrüde düştüğü tarihten tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanuna göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir.” Danıştay Onuncu Dairesi, 26 Ekim 2021 Tarih ve E. 2021/4232, K. 2021/5112 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 20.01.2024).

[81] İdari işlemin tanımı ve özellikleri için bkz. Metin Günay, İdare Hukuku, Ankara, İmaj, 2015, 10. Baskı, s.23 vd.; Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma

eylemin^[82] (işlemin icrası olarak kabul edilebilecek idari eylemler de bu kategoriye dahildir), karşılıklı iradelerin uyuşması sonucu ortaya çıkabilecek olan sözleşme ile benzeştirmek abesle iştigaldir. Bu sebeple olması gereken, kaynağını özel hukuktan alan temerrüt kavramına başvurmak zorunlu ise haksız fiilden kaynaklanan borçlara uygulanan hükümlere atıf yaparak faizin başlangıcına zararın doğduğu tarihi esas almak gerekmektedir^[83].

Danıştay'ın hem idari işlem hem de idari eylem için faiz başlangıcına idareye başvuruyu esas alması ve özellikle idari eylemler için İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca yapılması gereken başvurunun zorunlu olduğunu vurgulaması da değerlendirilmelidir. İdari işlemde kaynaklanan zarar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında ilgilinin idareye başvurusu ihtiyaridir. Dolayısıyla doğrudan zararın telafisi amacıyla dava açabilir. Bu durumda ödenmesine hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıcı için idareye başvuru tarihini esas alması, gerçek zararın telafi edilmesi anlamında hakkaniyete uygun değildir. Zararın tam olarak telafi edilebilmesi, ilgilinin uğramış olduğu gerçek zararı ispat edebilmesi koşuluyla idari işlemin yapıldığı veya ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren tazminatın ve faizin hesaplanmasıyla mümkündür.

Zararın idari eylemden kaynaklanması halinde ise ilgilinin yapması gereken zorunlu idari başvuru, maddi hukuka değil usul hukukuna ilişkin bir dava şartıdır. Başka bir deyişle, ilgilinin uğramış olduğu zararın telafisi için idareye başvurmak zorunda olması durumu, zararın telafi edilebilmesi için

Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, 1. Baskı, s.7 vd.

[82] Danıştay İYUK'un 13'üncü maddesi kapsamında idari eylemi, "...idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarruflar..." olarak tanımlamaktadır. Danıştay Onuncu Dairesi, 21 Nisan 2006 Tarih ve E. 2004/9784, K. 2006/2598 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). İdari eylemin tanımı ve özellikleri için bkz. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, Ankara, Turhan, 2010, 7. Baskı, C. I, s.421 vd.; Selami Demirkol, "İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu", *Sayıştay Dergisi*, Sayı 40, Ocak 2001, s.1-17.

[83] Bahtiyar Akyılmaz, "İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, Haziran, 1998, s.202-203; Hamit Yumuk, *İdari Yargıda Tazminat Davası*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s.254.

açacağı dava öncesi tüketmesi gereken bir aşamadır. Başvurunun zorunlu olması, ilgilinin gerçek zararının idareye yaptığı başvuru ile ortaya çıktığını göstermez. Aksi takdirde İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca başvuru yapmadan açılan davada mahkemelerin davanın reddine karar vermesi beklenirdi. Ancak İYUK'un 15'inci maddesi uyarınca bu durumda görevli merciye tevdi kararı verilmektedir. Danıştay kararındaki ifadelerle,

“... idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi(nin)...”

esas alınması, tazminatın en erken başvuru halinde ödenebilmesi anlamında haklı görülebilir ancak oluşan gerçek zararın telafisi için faizin zararın olduğu tarihten itibaren hesaplanmasına gerekçe olamaz. Nitekim Samsun BİM'in, açılan tam yargı davası sonrası miktar artırımının söz konusu olması halinde faizin, dava tarihinden itibaren uygulanması gerektiğine karar verirken kullanmış olduğu,

“... gerçek zararın, Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi veya ıslah dilekçesinin verildiği tarihte değil, esasen olay tarihinde ya da idarelere başvuru tarihinde ortaya çıktığı...”^[84]

ifadesi de bu düşünceyi doğrular niteliktedir. İdari eylemden kaynaklanan zarar nedeniyle açılan tam yargı davalarında İYUK'un 13'üncü maddesi uyarınca idareye yapılması zorunlu olan başvuru için öngörülen 1 ve 5 yıllık süreler için Danıştay, hak arama özgürlüğünün korunması ve mahkemeye erişim hakkının gereği olarak “eylemin idariliğinin öğrenilmesi” içtihadını geliştirmiştir^[85]. Buna göre, idareye başvuru için düzenlenen süreler, ilgilinin zararın sebebinin idareden kaynaklandığını öğrendiği tarihten

[84] Danıştay Sekizinci Dairesi, 8 Temmuz 2021 Tarih ve E. 2019/2972, K. 2021/3632 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Benzer yönde bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi, 29 Haziran 2021 Tarih ve E. 2021/2492, K. 2021/3450 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Samsun Bölge İdare Mahkemesi İkinci İdari Dava Dairesi, 31 Aralık 2020 Tarih ve E. 2020/329, K. 2020/934 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 24.01.2024).

[85] Danıştay On Beşinci Dairesi, 28 Nisan 2016 Tarih ve E. 2016/3471, K. 2016/3026 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Danıştay Onuncu Dairesi, 21 Nisan 2006 Tarih ve E. 2004/9784, K. 2006/2598 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 21.01.2024).

itibaren işlemeye başlamaktadır. Eylemin idariliğinin öğrenilmesi içtihadına duyulan ihtiyaç, bazı idari eylemlerden dolayı zarara uğrayan ilgililerin, zararın telafi edilebilmesi için açacakları davanın kendi iradeleri dışında ileri bir tarihe ötelenmesidir. Bu içtihadın sonucu olarak, faizin başlangıcı için esas alınan idareye başvuru, zararın doğduğu andan çok daha sonraki bir tarihte yapılabilecek ve gerçek zararın telafi edilmesinin temini de bir o kadar mümkün olmayacaktır. Örneğin, davacı yakınının 10.08.2001 tarihinde kasabada meydana gelen olaylar sırasında İlçe Jandarma Bölük Komutanının tabancasından çıkan kurşunlar neticesinde yaşamını yitirmesi nedeniyle, adli yargıda sorumluluğun tespiti amacıyla yargılama yapılmış ve adam öldürme suçundan ceza almıştır. Yargılama sonucunda eylemin idariliğinin tespiti sonrası açılan tam yargı davası 06.03.2009 tarihinde yerel mahkeme tarafından karara bağlanmıştır. (İdareye ne zaman başvuru yapıldığına dair kararda bilgi mevcut değildir.) Danıştay, “...*yasal faizin başlangıç tarihinin, idareye başvuru tarihi olarak kabul edilmesinde yasal isabetsizlik bul(mamıştır)*”[86]. Somut uyuşmazlık sonucunda ödenmesi karar verilen tazminata uygulanacak faizin başlangıcı için, ortada haksız fiil ve yargılama sonucunda idari eylemin varlığı saptanmış olmasına karşın, olaydan tahmini 5-6 yıl sonrasında yapılan idari başvuru tarihi esas alınmıştır. Söz konusu içtihadın bu yönüyle mülkiyet hakkına ve hakkaniyete uygun yargılama ilkelerine uygun olduğu söylemek mümkün değildir. Yine örneğin deprem nedeniyle evi yıkılan veya yakınlarını kaybeden kişinin, uğramış olduğu zararın idareden kaynaklandığını (örneğin evin yapımında idarenin denetim yükümlülüğünü yerine getirmediğini varsayalım), adli yargıda yapılan yargılama sonucu öğrenebilecektir. Bu durumda açılan tam yargı davasında ödenmesine karar verilen faizin de eksik kalacağı aşıkardır^[87].

5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesi kamu zararını düzenlemektedir. Düzenlemenin 1'inci fıkrasına göre kamu zararı,

[86] Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Şubat 2014 Tarih ve E. 2009/8745, K. 2014/773 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2 Aralık 2013 Tarih ve E. 2010/2741, K. 2013/4312 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[87] Şerife Yıldız Akgül, “Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 167, Temmuz-Ağustos, 2023, s.171.

“... kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

Aynı hükmün 3'üncü fıkrası uyarınca,

“Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.”

Dolayısıyla idare, kamu görevlilerinin işlem veya eylemleri sonucunda oluşan zararın telafisi için ödenmesi gereken tazminata kanun uyarınca zararın oluştuğu tarihten itibaren faiz uygulamaktadır. Oluşan zarar ve ödenmesi gereken tazminatın öznesinin idare olması halinde faizin idareye başvuru tarihinden, kamu görevlisi olması halinde faizin zararın oluştuğu tarihten başlatılması da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Esasında faizin başlangıcı için, özel hukukta haksız fiile uygulanan hükümlerinden yola çıkılarak zararın oluştuğu tarihin esas alınması gerektiği yönünde Danıştay kararlarında birçok karşı oy yazısı mevcuttur. Örneğin bir kararın karşı oyunda,

“Davaya konu uyumsuzluk, hukuka aykırı haksız fiilden kaynaklanmaktadır. Haksız fiilden doğan tazminat borçlarında temerrüt, haksız fiil tarihinde kendiliğinden gerçekleşir. Bu itibarla ayrıca bir bildirim yapılmasına gerek yoktur. Bu durumda, davacılar tarafından da talep edildiği üzere, hükmedilen maddi ve manevi tazminata olay tarihinden ... itibaren yasal faiz işletilmesi ... gerektiği...”

savunulmuştur^[88]. Başka bir kararda,

“... İdare Mahkemesinin ... kararının, maddi tazminata zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanmasına ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, bozma kararının bu kısmına karşı...”

[88] Danıştay Sekizinci Dairesi, 2 Mart 2023 Tarih ve E. 2020/2422, K. 2023/946 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

olunduğu ifade edilmiştir^[89]. Yine davacının oğlunun okulda bıçaklanması ve idarenin kusurunun tespit edildiği bir tam yargı davasında, faizin idareye başvuru tarihinden itibaren hesaplanmasına karar verilen bir uyuşmazlıkla ilgili karşı oyda,

“Davaya konu uyuşmazlık, davalı idarenin hukuka aykırı haksız fiilinden kaynaklanmaktadır. Müşterek hukukun “Gaspeden daima temerrüt halindedir” şeklindeki genel ilkesi gereğince; haksız fiilden doğan tazminat borçlarında temerrüt, haksız fiil tarihinde kendiliğinden gerçekleşir. Davalıya ayrıca bir bildirim yapılmasına gerek yoktur. Bu nedenle, davacı tarafından da talep edildiği üzere, hükmedilen tazminata kaza tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi ... gerektiği görüşüyle bu kısma yönelik çoğunluk kararına...”

katılmadığı belirtilmiştir^[90]. Karşı oylarda yer verilen bu görüşler, şu ana kadar içtihadın değiştirilmesine yetecek çoğunluğa erişememiş olmakla birlikte ileride değişebileceğine dair somut gerekçeler içermesi bakımından olumludur.

[89] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14 Nisan 2005 Tarih ve E. 2004/2413, K. 2005/249 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 23.01.2024).

[90] Danıştay Sekizinci Dairesi, 3 Haziran 2022 Tarih ve E. 2020/2398, K. 2022/3766 Sayılı Kararı (Lexpera, E.T. 27.01.2024).

SONUÇ

İdari yargıda idarenin vermiş olduğu zararın telafi etmesi, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasanın 125'inci maddesinin açık hükmünün gereğidir. Uğranılan gerçek zararın tam olarak telafi edilebilmesi, zararın doğduğu tarih ile telafi edilmesi için tazminat ödenmesi karar verilen tarih arasında geçen zamana mevzuat hükümleri gereği öngörülen faizin işletilmesidir. Ancak idari yargı pratiğinde ödenmesine hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıcı için kural olarak ilgilinin idareye başvuru tarihi esas alınmaktadır. Danıştay, bu içtihadının istikrarlı olduğunu ve ilke haline geldiğini iddia etse de yer verdiğimiz kararları bu durumu doğrulamamaktadır.

Faizin, anlamı ve asıl alacağa bağlı bir yan edim olduğu gerçeği karşısında, doktrin ve mahkeme kararlarıyla da tespit edildiği üzere mülkiyet hakkıyla doğrudan bağlantısı yadsınamaz. Bu sebeple ödenecek faizin miktarına doğrudan etki eden başlangıç tarihine ilişkin düzenleme, Anayasanın 13'üncü maddesi kapsamında, yargının değil yasa koyucunun yetki ve sorumluluk alanındadır.

Özel hukukta özellikle haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında uygulanan faizin başlangıç tarihi TBK'nın 117'inci maddesi uyarınca fiilin işlendiği tarih iken, idari yargıda bu tarih Danıştay içtihadıyla kural olarak idareye başvuru tarihine ötelenmiştir. Bu içtihadı gerekçe olarak idarenin en erken başvuru tarihi ile ödeme imkanının olduğu, başka bir deyişle idarenin başvuru ile temerrüde düşürüldüğü gösterilmektedir. Borçlunun ihtar ile temerrüde düşürülmesi özel hukukta sadece borcun sözleşmeden kaynaklanması halinde mümkündür. İdari yargıda kaynağını özel hukuktan alan temerrüt kurumuna atıf yapılması mutlak olarak gerekli ise ve zararın idari işlem veya eylemden kaynaklanabileceği de göz önünde bulundurulduğunda, temerrüt için sözleşme yerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması daha mantıklıdır.

Sonuç itibariyle Danıştay'ın istikrarlı bir biçimde uyguladığı faizin başlangıç tarihinin zarar gören ilgilinin idareye başvurusu itibariyle işlemeye başlayacağı yönündeki içtihadı, hukuk devleti ilkesine, mülkiyet hakkına aykırıdır. Uğranılan gerçek zararın tam olarak telafi edilebilmesi ancak ödenmesine hükmedilen tazminata zararın doğduğu andan itibaren faiz işletilmesi ile mümkündür. Bu konuda yasal düzenleme ihtiyacı olduğu açıktır. Yasal düzenleme yoluna gidilmemesi halinde, Danıştay'ın mevcut

Danıştay Kararları Işığında
İdari Yargıda Tazminata İşletilecek Faizin Başlangıç Tarihi

içtihadını hakkaniyete uygun giderim ve mülkiyet hakkının gereği olarak, oluşan zararın tam olarak giderilebilmesi adına faizin başlangıç tarihinde idareye başvuru yerine zararın oluştuğu tarihi esas alması yönünde değiştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, Haziran 1998, s.165-219.
- Arslan, Çetin ve Mustafa Kırmızı, *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2010.
- Aydemir, Efrail, *Hukuk Uygulamasında Faiz*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2014.
- Başpınar, Veysel, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2009.
- Demirkol, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 40, Ocak 2001, s.1-17.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 21. Baskı, 2017.
- Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2011.
- Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay Yayınları, 1. Baskı, 1990.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan, 10. Baskı, 2013.
- Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan, C. I, 7. Baskı, 2010.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2015.
- Güran, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.
- Helvacı, Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, İstanbul, Beta, 1. Baskı, 2000.
- Kaplan, Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Eylül 2006, s.117-141.

- Kayak, Sevgi, “Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, Ekim 2020, s.393-411.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan, Genişletilmiş 19. Baskı, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat, C. I, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, 2016.
- Özon, Mustafa Nihat, *Küçük Osmanlıca – Türkçe Sözlük*, İstanbul, İnkılap ve Aka, 3. Baskı, 1983.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, 1982.
- Tekinay, Selahattin Sulhi et al., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, 1993.
- Tezcan, Murat, “Kamulaştırma Hukukunda Faiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 72, Sayı 2, Mart 2014, s.501-514.
- Tuhr, Andreas Von, *Borçlar Hukuku Umumi*, Çev. Cevat Edege, İstanbul, Filiz, 1983.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri I*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1. Baskı, 1961.
- Ünlüçay, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 94, 1998, s.3-11.
- Yıldız Akgül, Şerife, “Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 167, Temmuz-Ağustos 2023, s.133-176.
- Yumuk, Hamit, “İdari Yargıda Tazminat Davası”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

1908-1914 Tartışmaları: Nasıl Bir Adem-i Merkeziyetçilik?

Merve ÜNAL AÇIKGÖZ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, merve.unalacikgoz@asbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3576-7573.

Makale geliş tarihi: 25 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 5 Temmuz 2024

Atf önerisi: Ünal Açıköz, Merve, “1908-1914 Tartışmaları: Nasıl Bir Adem-i Merkeziyetçilik?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.391-428. **DOI:** 10.30915/abd.1442824.

1908-1914 TARTIŞMALARI: NASIL BİR ADEM-İ MERKEZİYETÇİLİK?

ÖZ

Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren güçlü bir merkeziyetçi politika izlemiş ve ülke topraklarının genişlediği dönemde dahi, bu ilkedan ödün vermemiştir. Bunun yanında ise bünyesinde barındırdığı farklı milletlere dini referansla bazı ayrıcalıklar tanınmıştır. Gayrimüslimlere tanınan bu ayrıcalıkları merkeziyetçi sistemin istisnası ve adem-i merkeziyetçilik olarak tanımlayanlar olmuştur. Tanzimat dönemiyle birlikte klasik devlet sisteminde önemli değişimler yaşanmıştır. Özellikle idari, sosyal, ekonomik ve hukuksal alanda yaşanan değişimler Batıdaki düşünce akımlarının etkisinde ortaya çıkmıştır. Nitekim meşrutiyet rejimine geçilmesi ve anayasanın yapılması da bunun bir sonucudur. Ancak kısa süren anayasal dönem padişaha ve baskıcı yönetimine karşı güçlü bir muhalefetin doğmasına neden olmuştur. Padişah II. Abdülhamit'in istibdadını ortadan kaldırmak için bir araya gelen Jön Türkler, çareyi yeniden meşrutiyetin ilanında görmüşlerdir. Toplumun içinde bulunduğu durumdan kurtulmak için rejim değişikliğini tek başına yeterli görmeyen Prens Sabahattin ise ortaya koyduğu adem-i merkeziyetçilik ve teşebbüs-i şahsi fikirleri ile dönemin ileri gelen düşünürlerinden olmuştur. Osmanlı toplumunun her manada yeniden kalkınmasının, cemaatçi toplumdaki bireyci topluma geçiş ile mümkün olacağını belirtmiş, fakat fikirleri nedeniyle döneminde İttihatçılar tarafından eleştirilmiş, hatta bölücülükle suçlanmıştır. Nitekim merkeziyetçilik-adem-i merkeziyetçilik ilkelerinden hangisine ağırlık verilmesi gerektiği günümüzde dahi tartışılmaktadır. Yerel yönetimlerle ilgili yapılan düzenlemeler bunların güçlendirilmesini amaç edinmekle birlikte eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Devletin üniterliği ve idarenin bütünlüğüne tehdit olarak algılanabilmektedir. Bu nedenle bu çalışmanın amacı geçmişte yaşanan tartışmalardan hareketle, bugüne yeni bir ışık tutmaya çalışmaktır. Çalışmamızda Prens Sabahattin'in adem-i merkeziyetçilik kavramına yüklediği anlam ve buna karşı yöneltilen eleştirilerin bugün geldiğimiz noktada nasıl bir karşılık bulduğu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Prens Sabahattin, adem-i merkeziyetçilik, teşebbüs-i şahsi, Jön Türkler, Meşrutiyet.

1908-1914 DISCUSSIONS: WHAT KIND OF DECENTRALIZATION?

ABSTRACT

The Ottoman Empire has followed a strong centralist policy since its establishment and has not compromised on this principle even during periods of territorial expansion. In addition, some privileges have been granted to different ethnic groups within the empire based on religious references. Some have described the privileges granted to non-Muslims as exceptions to the centralist system and as examples of decentralization. The Tanzimat period brought significant changes to the classical state system. Particularly, changes in administrative, social, economic, and legal fields emerged under the influence of Western ideologies. The transition to a constitutional regime and the drafting of a constitution are a result of this. However, the short-lived constitutional period led to a strong opposition against the sultan and his oppressive rule. The Young Turks, who came together to eliminate the despotism of Sultan Abdulhamid II, saw the solution in the restoration of constitutional rule. However, Prince Sabahattin, who did not consider regime change sufficient to escape the situation in which society found itself, became one of the prominent thinkers of the time with his ideas of decentralization and individual initiative. It has been stated that the comprehensive development of Ottoman society will be possible through the transition from a communal society to an individualistic society. Due to his ideas, he was criticized by the Unionists of the time and even accused of separatism. The debate on which principle, centralization or decentralization, should be emphasized is still ongoing today. While the regulations related to local governments aim to strengthen them, they also bring criticisms along with them. The unity of the state and the integrity of governance can be perceived as a threat. Therefore, the aim of this study is to shed new light on today by drawing from past debates. In our study, we examine how Prince Sabahattin's concept of decentralization is understood and critiqued, and explore how it is responded to in today's context.

Keywords: Prince Sabahattin, decentralization, individual initiative, Young Turks, constitutionalism.

GİRİŞ

Küreselleşmeyle birlikte ulus-devletlerin gücü azalmış ve dünya genelinde *ulus-devlet* olma arzusu eski önemini yitirmiştir. Yaşanan bu gelişmelerle birlikte, devletin yapısı ve sınırları da sorgulanmaya başlamıştır. Küreselleşmenin giderek ivme kazanması devletlerin yapılarında ve niteliklerinde de dönüşümlerin yaşanmasını sağlamıştır. Özellikle ekonomik ve teknolojik gelişmelerin getirdiği yeni kavramlar ve kurumlar nedeniyle merkezi otoriteler tercih edilmeyen hareket alanını kısıtlayan yapılar olarak görülmüştür. Zira merkezi otoriteyi esas alan devletlerde, bu merkezi gücün her alana müdahalesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla idari olduğu kadar iktisadi hayatı da merkezi otorite belirlemekte ve hatta denetlemektedir. Bu nedenle merkezi devlet fikrinin karşısına zamanla yerel yönetimlerin güçlendirilmesi amacına hizmet eden *adem-i merkeziyetçilik* fikri konulmaya başlanmıştır. Yerel yönetimlerin güçlendirilmesi meselesi esasında bir tercihten ziyade, bazı zorunluluklardan kaynaklı ortaya çıkmıştır. Bilhassa sanayi devriminden sonra artan kentleşme ve teknolojiye yaşanan gelişmeler yereldeki ihtiyacın merkezi otorite tarafından yeterince karşılanamaması sorununu doğurmuştur.

Merkezi otoritenin her alanda hâkim olmasını benimseyen merkeziyetçi yönetimlerde karar alınması gereken konular henüz günümüzdeki kadar çeşitli ve fazla değildi. Ancak zaman içerisinde nüfusun giderek artması, teknolojinin gelişmesi ile iletişim ve ulaşımın kolaylaşması sosyolojik alana da etki etmiş ve toplum devlet ilişkisinin yeniden şekillendirilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Zira toplumun devletten beklentileri ve hizmet çeşitleri artmış ve merkezdekilerin bu taleplere karşılık vermesi giderek zorlaşmıştır. Ayrıca bunların merkez tarafından giderilmesi zaman ve mali kayıplara neden olduğu için bazı yetki ve hizmetler yerel yönetimlerin idaresine bırakılmıştır. Ancak diğer taraftan bu eğilimin üniter yapıya zarar verebileceği endişesi eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla idari sistem içerisinde farklı dinamiklerin sorunsuz bir şekilde işlemesi için yönetimde bu iki ilkenin birlikte ahenkle işlemesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması önem arz etmiştir.

Günümüz Türkiye'sinde de zaman zaman gündeme taşınan yerel yönetimlerin güçlendirilmesi mevzusu *merkeziyet* ve *adem-i merkeziyet* ilkelerinden hangisine daha fazla ağırlık verilmesi gerektiği sorusundan kaynaklanmaktadır. Aslında bu ikilem yeni olmamakla birlikte tartışmanın Osmanlı Devleti'nden beri süre gelen bir mesele olduğu dikkati çekmektedir. Zira Osmanlı Devleti kuruluşundan beri hanedan tarafından tek merkezli bir

yapıyla yönetilmiştir. Ancak zamanla devletin topraklarının genişlemesi neticesinde bünyesine farklı toplumların yanı sıra devletler de dâhil olmuştur. Fakat Osmanlı, siyasi (yönetme) gücünü bunlarla paylaşmamış ancak hâkimiyeti altındaki farklı milletlere^[1] güvenceler ve bazı imtiyazlar vermekten de geri durmamıştır^[2]. Bu cümleden hareketle Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde eyaletlerin yönetimi ve ayrıcalıklı eyaletlerin bulunması *adem-i merkeziyetçiliğin* zaten eskiden beri uygulanageldiğine işaret etmektedir.

Osmanlı Devleti'nin ihtişamlı ve güçlü olduğu klasik dönemin geride kalmasının ardından devlet, bir gerileme içerisine girmiş ve çağdaşı olan devletlere nazaran hem iktisadi hem idari hem de askeri alanda başarısız bir gelişim göstermiştir. Osmanlı'nın bu gerilemeyi kabul edip çözümler aramaya başlamasıyla birlikte ıslahatlar dönemi başlamış ve dönemin devlet adamları siyasi, askerî, idarî ve ekonomik alanda birçok yenilik yapmıştır. ıslahatlar yoluyla devletin içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılacağı ve yabancı devletlerin Osmanlı üzerindeki baskısının^[3] azalacağı umut edilmiştir. Nitekim bunu gerçekleştirmek için devletin kuruluşundan bu yana benimsenen Türk-İslam devlet geleneğinden bir kopuşu ifade eden; batılı anlamdaki ilk yazılı anayasa olan Kanun-i Esasi ile meşrutiyete^[4] geçilmiş ve birçok alanda

-
- [1] Osmanlı devlet ve toplum düzeninde din esasına göre ayrılmış millet adı verilen gruplar vardır. Dolayısıyla vergi sistemi, yargı düzeni ve eğitim bu anlayış içerisinde dini cemaat liderleri tarafından organize edilip yürütülmekteydi. Bu ise adli ve idari anlamda bir nevi adem-i merkeziyetçiliği ifade etmektedir. Bkz. İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara, Cedit Neşriyat, 6. Baskı, 2017, s.201.
- [2] Mahmut Bozan, "Üniter Yapıda Merkeziyet ve Adem-i Merkeziyetin Uyumu", *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt 8, Sayı 16, 2017, s. 27.
- [3] Fransız İhtilali ile ortaya çıkan milliyetçilik akımını yabancı devletler, Osmanlı'nın içişlerine müdahalede araç olarak kullanmışlardır. Özellikle Balkanlardaki gayr-ı Müslim halk sömürge ile güçlenen Batılı devletlerin merceği altına alınmıştır. *Ibid.*, s.28.
- [4] Meşrutiyet kelime anlamı olarak hükümdarlıkla yönetilen bir ülkede hükümdarın başkanlığı altında parlamento yönetimine dayanan hükümet şeklini ifade etmektedir. Hükümdarın kayıtsız, şartsız yönetimine karşı üretilen "meşrutiyet" kavramı Osmanlı'da Batı'dan esinlenerek şartlı bir yönetim şeklini ifade etmek için kullanılmıştır. Meşrutiyet kavramının ilk kim tarafından nasıl ortaya atıldığı bilinmemekle birlikte Tanzimat döneminde Osmanlı'nın Batı ile olan etkileşimi sonucu doğmuştur. Anayasacılığın siyasi iktidarın sınırlandırılmasını esas alan düşünceden

hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak padişah II. Abdülhamit, Meclisi feshederek Anayasa'yı askıya almış dolayısıyla I. Meşrutiyet yönetiminin ömrü kısa sürmüştür. Meşrutiyet döneminin ardından devlet, padişahın

esinlenerek Osmanlı coğrafyasında siyasi iktidarın parlamento gibi kurumsal yapılar ile sınırlandırılmasını temel alan sınırlı bir yönetim şeklini ifade etmek için meşrutiyet kavramı tercih edilmiştir. Bkz. Ayhan Ceylan, "1876 Öncesi Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet Tecrübesi ve Meclis Uygulaması", in Yusuf Tekin (Ed.), *Yüzüncü Yılında TBMM Oluşumu, Çalışma Şartları ve İşlevleri I*, Ankara, TBMM Basımevi, 2020, s. 20-21; Arapça şart kökünden türetilmiş bir kavram olan meşrutiyet kelimesi, 19.yüzyılın ikinci yarısından itibaren Osmanlı siyasi literatüründe "anayasalı ve meclisli saltanat-hilâfet rejimi" karşılığında kullanılmıştır. Nitekim Türkçe literatürde, Kanun-i Esasi'nin ilan edildiği 23 Aralık 1876 tarihinden Meclis-i Mebusan'ın geçici olarak tatil edildiği kadar olan döneme I. Meşrutiyet adı verilmiştir. Kanun-i Esasi'nin ilanından önceki süreçte bazı kaynaklarda meşrutiyet kavramının "anayasal monarşi" anlamında kullanıldığı bilinmektedir. Ayrıca bu dönemde yazılan eserlerde Fransız anayasasının Arapça karşılığı olarak "eş-şarta" kavramı tercih edilmiş, devlet ileri gelenleri ise buradan türetilen meşrutiyet kelimesini "anayasal monarşinin" karşılığı olarak kullanmışlardır. Gerek Osmanlı Devleti'ndeki kullanımından gerek İslâm dünyasındaki genel yorumlardan hareketle meşrutiyetin, şeriata uygun olması şartıyla idarenin yetkilerini sınırlayan bir temel kanuni metin ve bu metin çerçevesinde tesis edilecek temsili kurumları savunan bir siyasi rejimi işaret ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun-i Esasi'deki hükümler incelendiğinde anayasanın Avrupa uygulamalarını esas aldığı görülmektedir. Sonuç itibarıyla Osmanlı meşrutiyeti siyasi örgütlenme, temsil ve iktidarın sınırlandırılması alanlarında ciddi değişiklikler getirmiştir. Bkz. M. Şükrü Hanioglu, "Meşrutiyet", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt 29, s. 388-393; Meşrutiyet kavramının, özellikle ilk dönemi nazara alındığında Batıdakilerden farklı olarak, iktidara ortak olunmasını sağlamaktan ziyade, idarenin halka zulmetmeden, hukuk kurallarına uygun bir şekilde hareket etmelerini sağlama amacı güttüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle Osmanlı'da gelişen meşrutiyet rejiminin demokratik yönetimden ziyade hukuki bir yönetim kurmayı amaçladığı; siyasiden çok hukuki ve anayasaldan çok idari nitelik taşıdığı söylenebilir. Detaylı bilgi için bkz. Yıldızhan Yayla, "Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet Kavramı", *Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 4, s. 948-952; İlber Ortaylı, "Osmanlı Devleti ve Meşrutiyet", *Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 4, s. 953-960.

istibdadıyla^[5] yönetilmiştir. Otuz yıllık istibdat dönemi boyunca anayasal ve meşruti sistem çalışmaları baskı altında yürütülmeye devam etmiştir^[6].

Tanzimat döneminde yapılan ıslahatlarla birlikte aydın bir bürokrat sınıf oluşmuştur. Batı tarzı eğitim veren okullarda yetişen bu sınıf, Osmanlı'nın içinde bulunduğu zor durumdan çıkmanın yollarını aramıştır. II. Abdülhamit'in saltanatı boyunca kendisine karşı güçlenen muhalif bir grup olarak ortaya çıkan Jön Türkler, devletin bu çöküş cenderesinden kurtulması için klasik yönetim anlayışının terk edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Jön Türklerin içerisinde farklı çözüm önerileri ile öne çıkan ve *adem-i merkezîyetçilik* fikrinin savunucusu olan kişi ise Prens Sabahattin'dir (Prens). Prens Sabahattin, gerek hanedan üyesi olması gerekse dönemin koşullarına göre farklı fikirler ileri sürmesi nedeniyle siyasi çevreler tarafından eleştirilmiş fakat diğer taraftan etrafına oldukça geniş bir öğrenci kitlesi de toplamıştır. *Adem-i merkezîyetçiliğin* anlaşılması ve uygulanması için eserler kaleme alan ve Osmanlı toplumsal yapısının tahlilini yaparak fikirlerini sistemsal bir şekilde sunan Prens Sabahattin, devleti parçalama iddiası ile merkezîyetçi-muhafazakarlar tarafından Osmanlı siyasetinden uzaklaştırılmaya çalışılmıştır.

Osmanlı Devleti'nde *adem-i merkezîyetçilik* tartışmalarının hız kesmeden yaşandığı bu süreçte Avrupa'da ise Fransız İhtilalinin etkisiyle ulus devletler ve merkezîyetçilik inşa edilmeye başlanmıştır^[7]. Ancak hem Osmanlı'da hem Avrupa'da kendi dinamikleriyle şekillenen bir merkezîyetçilik anlayışı etkin olmasına rağmen uygulamada karşılaşılan zorunluluklar nedeniyle ortaya çıkan *adem-i merkezîyet* anlayışının da olduğu dikkati çekmektedir. Nitekim bu anlayış Osmanlı'dan Cumhuriyete kadar uzanan süreçte de etkisini sürdürmüş, hatta günümüze kadar oluşan yerel yönetim ve merkezîyetçi-adem-i merkezîyetçi anlayışlar ile yapılanmalar üzerinde de etkili olmuş-

[5] Prens Sabahattin, istibdat yönetimini özgürlük ve insanlık için bir tehlike kabul etmiştir. Prens Sabahattin, bu tehlikeyi şöyle ifade etmiştir: “Bir toprak yığınının altında kalan insanlığı yine insanların ayaklarıyla çiğnetmek.” Bkz. Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, 2016, s. 86, 111.

[6] Merve Ünal Açıkgöz, “1876 Tarihli Kanun-i Esasi’de Yasama-Yürütme İlişkisi”, *Yasama Dergisi*, Sayı 43, 2021, s. 63.

[7] Bozan, *op. cit.*, s. 28.

tur^[8]. Hatta bugünkü yönetim bünyesinde yer alan yerel yönetimler, büyük ölçüde Osmanlı'dan intikal etmiş, yalnızca yönetim organlarının gelişmesi, örgütsel olarak büyümesi ve yayılması gibi farklılıklar ortaya çıkmıştır^[9]. Cumhuriyet rejiminde de yerel yönetimler siyasi değil daha ziyade idari birimler olarak değerlendirilmiş ve yetki ve görev paylaşımı da bu esaslar çerçevesinde yapılmıştır^[10]. Buna göre bugün hala tartışılmaya devam eden yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve adem-i merkeziyetçilik kavramlarını doğru anlayabilmek için tarihsel ve hatta sosyolojik arka plana da bakmak gerekecektir. Zira bir kurumun ortaya çıkıp gelişmesinde sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi parametrelerin etkisi ihmal edilemez bir gerçekliktir.

Prens Sabahattin, tarihte iz bırakan bir düşünür olmasına rağmen, Prens Sabahattin' in siyasi fikirlerinin günümüz siyasal hayatına etkilerini ele alan çalışmalar oldukça azdır. Prens Sabahattin'in kendi döneminde ortaya koyduğu siyasi düşüncelerin ve tartışmaların günümüzde dahi güncelliğini yitirmediği görülmektedir. Bu cümleden hareketle geçmişin penceresinden/

[8] Mustafa Ökmen, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türkiye'de Merkeziyetçilik-Adem-i Merkeziyetçilik Pratiği Üzerine Notlar", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 9-10, 2012, s. 5.

[9] Klasik Osmanlı şehir idaresinde belediye ve mülki idare ayrımı bulunmamaktadır. Bu nedenle kadı şehirdeki yargı işlerinin yürütücüsü olmasının yanı sıra aynı zamanda güvenlik amiri, vakıfların denetçisi ve belediye hizmetleri amiridir. Ancak Tanzimat dönemiyle birlikte Osmanlı topraklarında ticaretin giderek artması ve reform hareketlerinin yaşanması neticesinde şehirlerin yapısında ve organizasyonunda değişikliğe gidilmiştir. Avrupa ile olan ticaretin etkisiyle öncelikle liman şehirlerinde bu değişiklik yaşanmıştır. Liman şehirlerinde kurulan belediye teşkilatının başına merkezi hükümet tarafından atanan şehremini getirilmiştir. Şehreminin yanında da ona yardımcı olmak amacıyla Şehremaneti Meclisi kurulmuştur. Belediye hizmetleri yürütülmesinde sorumlu bu yapının mali yetkileri sınırlı kalmıştır. İstanbul'daki Galata ve Beyoğlu belediye işleyişinin başarılı bir şekilde yürütülmesinin ardından İstanbul on dört belediyeye ayrılmıştır. Osmanlı taşra şehirlerinde ise modern belediye örgütlenmeleri 1864 Vilayet Nizamnamesi ile başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde belediyecilik özerklik ve yerel yönetim sistemine geçişten ziyade bağındırlık ve kentsel hizmetlerin yürütülmesi amacına hizmet etmiştir. Dolayısıyla merkeziyetçi sistemin bir parçası olarak doğmuş ve öyle kalmıştır. Ancak zamanla yaşanan demokratik gelişmelerin katkısıyla Cumhuriyet için giderek modernleşen bir belediye örgüt ve hizmetler bütünü bırakmıştır. Bkz. Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, *op. cit.*, s. 435-443.

[10] Ökmen, *op. cit.*, s. 22.

tecrübelerinden bugüne yeni bir ışık tutmak düşüncesiyle bu çalışma hazırlanmıştır. Çalışmamız Prens Sabahattin'in kurmuş olduğu Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti'nin *adem-i merkeziyetçilik* kavramını ortaya koymak amacıyla yapılmıştır. Prens Sabahattin'in gündeme getirdiği bu kavramın neyi ifade ettiği veya etmediği tarihsel süreciyle ele alınmıştır. Ardından Prens Sabahattin'in, siyasi görüşlerini açıklamak/yaymak amacıyla ihdas ettiği cemiyetin *adem-i merkeziyetçilik* kavramını ne şekilde ele aldığına değinilmiştir. Prens'in kendi fikirlerini anlatmak için nasıl bir yöntem izlediği ve devletin kurtuluşu için hangi argümanları ileri sürdüğü üzerinde durulmuştur. Ayrıca Prens Sabahattin tarafından ileri sürülen *adem-i merkeziyetçilik* kavramına getirilen eleştirilere de yer verilerek, o dönem içerisinde yaşanan siyasi tartışmaların nasıl ilerlediği hususu irdelenmiştir. Dolayısıyla *adem-i merkeziyetçilik* kavramının nasıl ve hangi şartlar altında oluştuğu, bünyesinde neleri barındırdığı ve hangi noktalarda eksik kalarak eleştirildiği açıklanmaya çalışılmıştır. Sonuç bölümünde ise verilen bilgiler ışığında *adem-i merkeziyetçilik* kavramının gerçekten neyi ifade ettiğine ve siyasi hayatımızda nasıl bir yer edindiğine değinerek değerlendirme yapılmıştır.

I. PRENS SABAHATTİN'İN HAYATI

Prens Sabahattin, Osmanlı hanedanına mensup II. Abdülhamit'in kız kardeşi Seniha Sultan ile Damat Mahmut Paşa'nın oğulları olarak 1877 yılında dünyaya gelmiştir. Osmanlı saray hiyerarşisinde unvan alınmasında baba tarafı belirleyici olduğu için aslında kendisi bir sultanzadedir. Muhtemelen Avrupada prestij kazanmak amacıyla prens unvanını kullanmayı tercih etmiştir^[11]. Babası Mahmut Paşa, padişahın en yakın arkadaşlarından birisi ve aynı zamanda kabinede Adalet Nazırlığı görevini yürütmüştür.

[11] Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 15. Baskı, 2010, s. 396.

Ancak adının Çırağan Sarayı Vakası'na^[12] karışması nedeniyle II. Abdülhamit tarafından azledilmiştir^[13].

Mahmut Paşa kendisine karşı yapılacak bir suikast girişiminden çekinerek çocuklarıyla birlikte 1899 yılında Fransa'ya kaçmıştır. Prens Sabahattin yirmili yaşlarında Paris'te edindiği bilgi ve birikimle siyasi faaliyetlerine başlamıştır. Jön Türk hareketine destek veren Prens, 1902 yılında Paris'te I. Jön Türk Kongresi'nin toplanmasını sağlamıştır. Kongrede II. Abdülhamit'e muhalefet eden görüşlerin tek bir amaç etrafında toplanması için önemli birtakım kararların alınması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Kongrede her ne kadar birbirinden farklı görüşlerin bir araya gelmesiyle toplanılsa da tartışmalar ortak iki noktada yoğunlaşmıştır. Buna göre istibdat yönetimine son vermek için ileride yapılacak olan devrimde askeri güç kullanımının gerekliliği ve Avrupa devletlerinin müdahalesi konuları bu tartışmaların iki odak noktasını oluşturmuştur. Prens ve arkadaşları askeri hareketin ve yabancı müdahalenin gerekli olduğuna inanarak bu yönde harekete geçmişlerdir. Ancak Ahmet Rıza, Akçura gibi isimler ise bu fikre karşı çıkarak bundan sonraki süreçte İttihatçılar olarak yollarına devam etmişlerdir^[14]. Dolayısıyla kongrede yalnızca amaçlar değil aynı zamanda izlenecek metot konusunda da ihtilaflar doğmuştur. Sonuç olarak Ahmet Rıza Bey'in lideri olduğu İttihat ve Terakkiciler, merkeziyetçi bir meşrutiyet rejiminin olması gerektiğini savunurken; Prens'in de aralarında olduğu grup adem-i merkeziyetçi bir devlet yapılanmasının olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Kongredeki fikir ayrılıkları padişaha karşı yürütülen ortak muhalefet anlayışında bölünmeye neden olmuştur. Prens Sabahattin'in kongreden sonra 1906'da kurduğu *Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti* ile bölünme

[12] Ruhsal sağlığının bozulması nedeniyle tahta çıktıktan üç ay sonra tahttan indirilerek (31 Ağustos 1876) Çırağan Sarayı'nda oturmasına izin verilen Sultan V. Murad çeşitli zamanlarda buradan kaçırılmak istenmiştir. Bunlardan kanlı olarak bastırılan Ali Suâvi'nin giriştiği Çırağan Vakası'dır (20 Mayıs 1878). Bkz. Cevdet Küçük, "Çırağan Vakası", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1993, Cilt 8, s. 306.

[13] Kaan Durukan, "Türk Liberalizminin Kökenleri", in Mehmet Ö. Alkan (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce I*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s. 144-145.

[14] Sina Akşin, *Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 1996, s. 40-41.

resmiyet kazanmıştır^[15]. Kongre yabancı ülkelerce liberal karakterli olarak görülmüş ve kongre sonucunda iki farklı görüşün siyasi hayata devam etmesi “Osmanlı liberalizmi” ile “Türk milliyetçiliğinin” karşı karşıya gelmesi olarak yorumlanmıştır^[16].

Muhalefetin birliğini sağlamak amacıyla yapılan kongre başarısız olunca Prens, kendi fikirlerini geliştirmek için Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkezîyet Cemiyeti’ni kurmuş, II. Meşrutiyet’in ilanından sonra İstanbul’a dönerek siyasi faaliyetlerini burada devam ettirmiştir. Ancak İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin (İTC) iktidara gelmesinin ardından kendisine ve fikirlerine karşı yoğun bir baskı ortaya çıkmıştır. Adınının 31 Mart olaylarına karışması ve hakkında idam kararı verilmesinin üzerine Prens Sabahattin 1909 yılında Avrupa’ya dönmüştür. İTC’nin iktidardan düşmesine kadar Avrupa’da kalarak siyasi mücadelesine burada devam etmiştir. İttihat ve Terakkicilerin iktidarı düşünce tekrar yurduna dönmüş ancak eskisine nazaran daha pasif bir siyasi muhalefet yürütmüştür. II. Meşrutiyet sonrasında görüşlerini benimseyen Ahrar Fırkası mensuplarının ısrarlarına rağmen, aktif politikaya girmemiştir. Birinci Dünya Savaşı’nın başlamasıyla beraber İTC’nin baskısı iyice artmış Prens bu baskılardan kaçarak Avrupa’ya gelmiş ve Millî Mücadeleye destek vermiştir. Kalan hayatını Cenevre’de sürdüren Prens, 1948 yılında vefat etmiştir^[17].

II. TEŞEBBÜS-İ ŞAHSİ VE ADEM-İ MERKEZİYET CEMİYETİ (TŞAMC)

Jön Türklerin amacı II. Abdülhamid’i devirerek meşrutiyet yönetiminin yeniden tesis edilmesini sağlamaktı. II. Abdülhamid’e muhalefet eden gruplar Jön Türk Kongresi’nde bir araya gelmiş ve padişaha karşı ortak bir siyaset yürütülmesi amaçlanmıştır. Şubat 1902’de Paris’te toplanan kongrede ortaya atılan öneriler neticesinde, Jön Türkler arasındaki fikir ayrılıkları daha belirgin bir hal almaya başlamıştır. Zira Prens ve arkadaşları padişaha karşı propaganda yoluyla yürütülen muhalefetin yeterli olmadığını, mevcut rejimi değiştirmenin askeri güç kullanılmadan yapılamayacağını ve

[15] Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler*, *op. cit.*, s. 110 vd.; Erik Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye’nin Tarihi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1999, s. 133.

[16] Durukan, *op. cit.*, s. 145.

[17] Cenk Reyhan, “Prens Sabahaddin,” in Mehmet Ö. Alkan (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce I*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s. 148-149.

bu nedenle de yabancı devletlerin yardımından yararlanılması gerektiğini savunmuşlardır. Ayrıca Prens Sabahattin, yabancı devletlerin müdahalesinin tehlikeli olabileceğini bilmesinin yanı sıra böyle bir müdahalenin devletin içinde bulunduğu kargaşa ortamında faydalı olabileceğine, devlet lehinde kullanılabileceğine inanmıştır^[18]. Nitekim Prens Sabahattin bu düşüncesini şu sözlerle ifade etmiştir:

Devletlerden isteyebileceğimiz muavenet, bir müdahale-i askeriye mi olacak? Sualine gelince; vereceğimiz cevap, tarihin şهادetine müracaat olabilir. Kaç defalar umûr-ı dâhiliyemize müdahale edilmiş, hatta kaç defalar mülkümüzün kaç parası haberimiz bile olmadan elimizden çekilip alınmıştır. Hiçbir hareket-i askeriye icrasına lüzum kalmaksızın zararımıza olmak üzere umûr-ı dâhiliyemize birçok müdahaleler olduğu ve olmakta devam ettiği halde niçin bu müdahalelerin lehimize tahavvülünü istemeyelim. Niçin Avrupa'ya karşı bizim böyle idareye müstahak olmadığımızı bildirmeyelim? ”^[19]

Kongre sonrasında müdahaleyi gerekli görenler ve karşı çıkanlar olarak muhalefet iki gruba ayrılmıştır. Ahmet Rıza Bey ve arkadaşları, yabancı devlet müdahalesine şiddetle karşı çıkarak “pozitivist-merkeziyetçi” İTC safında yer almışlardır. Prens ve onun liderliğindeki grup ise “liberalist-federalci” olarak Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti’ni kurmuşlardır^[20].

Paris’te kurulan cemiyet İttihatçılar ile tamamen bağlarını koparmış ve ciddi fikir ayrılığına düşmüştür. Cemiyet 1906’dan itibaren hem propaganda yapmak hem de haberleşmeyi sağlamak amacıyla Terakki adıyla bir yayın organı kurmuştur. Prens bu yayınlar yoluyla devletin nasıl kurtulacağına ilişkin çözüm yollarını sunma ve fikirlerini yayma fırsatını yakalamıştır. Terakki gazetesinin ülkeye girişi yasaklanmasına rağmen elden ele gezerek gizlice okunmuş ve gazetenin günden güne destekçisi artmıştır. Bunun yanında Cemiyet özellikle azınlıklar, tüccarlar ve öğrenciler tarafından büyük destek görmüştür. Gençler cemiyetin faaliyetlerini ülke çapında yaygınlaştırmak için teşkilatlanmaya gitmişler ve cemiyete bağlı farklı topluluklar kurmuşlardır.

[18] Cenk Reyhan, *Türkiye’de Liberalizmin Kökenleri*, Ankara, İmge Kitabevi, 2008, s. 37.

[19] Mehmet Ö. Alkan, *Gönüllü Sürgünden İstibdada Muhalefet*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2007, s. 48-49.

[20] Reyhan, *Türkiye’de Liberalizmin Kökenleri*, *op. cit.*, s. 39.

II. Meşrutiyet'in ilanından sonra kurulan önemli topluluklardan birisi de Nesl-i Cedid Kulübüdür^[21]. Prens'in maddi desteği ile kurulan bu kulüp ilerde oluşturulacak Ahrar Fırkası'na zemin hazırlamıştır^[22].

Cemiyetin amaçları Terakki dergisinin ilk sayısında şöyle sıralanmıştır^[23]:

- 1) *Şahsi teşebbüsü geliştirmek ve idari sistemde adem-i merkezîyet ilkesini benimsemek için Türk halkı arasında içtimai eserler okuma hevesini uyandırmak*
- 2) *Osmanlı'nın bünyesindeki farklı milletler arasında bir anlaşma zemini oluşturmak*
- 3) *Gelişmiş ülkelerdeki Osmanlıların hakkını korumak ve Türklük lehinde fikir hareketlerini sürdürmek*
- 4) *Cemiyetin propagandasını yaymak için memleket içinde teşkilatlanmak.*

Cemiyetin programı ise Şura-yı Ümmet'te bütün noktalarıyla yayımlanmıştır. Buna göre^[24],

- 1) Osmanlı devletinde uygulanacak siyasi reformlar ülkenin bütün vilayetlerini kapsayacak şekilde ve idarede adem-i merkezîyetçilik ilkesini getirecek nitelikte yapılmalıdır.
- 2) Taşrada seçim yoluyla oluşturulacak meclisler vilayetlerdeki işlerin yürütülmesine iştirak edebilecekler ve gizli oyla seçilen meclis, vilayetin malî işlerinde, kanun ve nizamnamelerin uygulanmasında tam ve geniş bir yetkiye sahip olacaktır. Vergi gelirlerinin, hükümet ve vilayet arasında kararlaştırılacak bir miktarı, mahalli ihtiyaçlara sarf edilmek üzere vilayete bırakılacaktır.

[21] Nesl-i Cedid üyeleri Prens'in manevi önderliği altında çalışacaklarını her fırsatta dile getirmişler ve Prens'in görüşlerini basılı yayın yoluyla tüm topluma iletmeye gayret etmişlerdir. Nesl-i Cedid Kulübü Paris'ten devralınan bir muhalefeti yaşatmak istemiş ancak Meşrutiyetin kargaşa dolu ortamında beklenen etkiyi gösterememiştir. Kulüp 1911'de çalışmak için elverişli koşullar yeniden oluşana değin tatil edilmiş ancak böyle koşullar hiçbir zaman gelmediği için kulüp tekrar açılmamıştır. Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler 1*, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1984, s. 399-401.

[22] Rukiye Akkaya, *Prens Sabahaddin*, Ankara, Liberte Yayınları, 2005, s. 36-38.

[23] Reyhan, *Türkiye'de Liberalizmin Kökenleri*, op. cit., s. 111.

[24] Akkaya, *Prens Sabahaddin*, op. cit., s. 36.

- 3) Meclis-i Mebusan üyeleri il genel meclisi üyeleri ile halk tarafından seçilen üyeler arasından seçilecektir.
- 4) Vilayet meclislerindeki üye sayısı farklı etnik unsurlar dikkate alınarak ve orantılı olarak belirlenecektir
- 5) Vatandaşların tamamı hukuken aynı statüye tabi tutulacak ve aynı haklardan yararlanacaktır.
- 6) Ülke güvenliğini sağlamak için kurulacak olan jandarma teşkilatına farklı etnik kökenlerin nüfusları oranında üyeler seçilecektir.
- 7) Vilayetlerdeki görevli üst rütbeli memurlar merkez tarafından atanacaktır.
- 8) Zabıta ve güvenlik birimleri mülki memurların emrine verilecektir.
- 9) Genel vergilerde yeniden bir düzenleme yapılarak tahsil usulü makul şekilde düzenlenecektir. Vergi gelirlerinin, kararlaştırılacak miktar olan kadarı, mahalli ihtiyaçlara sarf edilmek üzere vilayete bırakılacaktır.
- 10) Devletlerarası antlaşmaların hükümleri her türlü tecavüzdten masun olacaktır^[25].

Prens Sabahattin savunduğu bu yönetsel yapıyı *idarî adem-i merkeziyetçilik* olarak tanımlamış ve bu ilkelerin uygulanmasıyla idarî işlerin daha verimli yürüyeceğine, ahalinin devlete bağlılığının artacağına ve ülkenin kalkınacağına inanmıştır^[26]. Bu program Prens'e karşı cephe alan İttihatçılar ve diğer gruplar tarafından oldukça sert karşılanmış ve Prens Sabahattin ülkeyi bölmekle suçlanmıştır. Diğer taraftan İttihatçılar, kendilerinin imparatorluğun bütünlüğü ve bölünmezliğini korumak amacıyla hareket ettiklerini her fırsatta dile getirmişlerdir. 1907' de II. Jön Türk Kongresi Ermenilerin katkılarıyla yapılmış ancak buradan da istenilen sonuç alınmamıştır. Cemiyet II. Jön Türk Kongresi'nde kabul edilen bildiriye katılmış olmasına rağmen, II. Meşrutiyet'in ilan edilmesinden sonra İTC'nin de II. Abdülhamit gibi kendi saltanatını kurma peşinde olduğunu savunarak muhalefeti İTC'ye karşı sürdürmüştür. Prens devletin bekası için birlik

[25] Hilmi Ziya Ülken, *Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi*, İstanbul, Ülken Yayınları, 1998, s. 134-135.

[26] Murat Burgaç, "Osmanlı Devleti'nde Adem-i Merkeziyetçilik Tartışması (1876-1913)", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 51, Haziran 2018, s. 151.

arzusunun yeterli olmadığını bunun için Müslüman ve Hristiyan grupların uyumlu birliğinin sağlanması gerektiğini savunmuş kendi kurduğu cemiyetin de bu amaca ulaşmak için gayret edeceğini bildirmiştir^[27].

1908 devriminden sonra Prens'in siyasi fikirlerinin uzantısı olan Ahrar Fırkası yalnızca tek adayını meclise sokabilmiştir. İTC, iktidara geldikten sonra Prens'in girişimlerinden rahatsızlık duymaya başlamış ve kendilerine muhalefet eden Ahrar Fırkasını da siyaset dışına itmek için çalışmalar yürütmüştür. Ahrar Fırkası ise buna karşılık olarak ülke çapında ses getiren 31 Mart Vakası'nın yaşanmasına neden olmuş ve bu ayaklanmayı gizliden gizliye desteklemiştir. Prens de İTC aleyhine 31 Mart Vakası'na karıştığı gerekçesiyle gözaltına alınmıştır. Prens, kendisine ve taraftarlarına yönelen bu yoğun baskıdan sonra Avrupa'ya dönmüş ve çalışmalarını burada sürdürmüştür^[28].

III. TEŞEBBÜS-İ ŞAHSİ VE ADEM-İ MERKEZİYETÇİLİK CEMİYETİ'NİN İLKELERİ

Prens Sabahattin, dönemindeki diğer düşünürler gibi ülkenin nasıl kurulacağı sorusuna cevap bulmaya çalışmıştır. Kendisinin önderliğini yaptığı *meslek-i içtima* akımı da bu minvalde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Ancak aranan cevaba dış etkenlerden bağımsız bir şekilde ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Prens Sabahattin düşünce sistemini Fransa'da kaldığı dönemlerde Edmond Demolins'in yazmış olduğu "Anglo-Saksonların Üstünlüğü Neden İleri Geliyor?" adlı kitabını okumasının ardından meydana getirmiştir. Le Play tarafından kurulmuş olan *science sociale (ilmî içtimai)*^[29] öğretisinin Demolins tarafından geliştirilmesi ve Prens'in Demolins ile olan yakınlığı onun düşünce sisteminin alt yapısını oluşturmasına katkı sağlamıştır. Prens'e göre *science sociale* öğretisinin formülleri, tüm sosyoekonomik sorunların çözümlenmesinde kullanılabilir. Ayrıca

[27] Akkaya, *Prens Sabahaddin, op. cit.*, s. 36.

[28] Reyhan, *Türkiye'de Liberalizmin Kökenleri, op. cit.*, s. 147-149.

[29] *Science sociale* öğretisi, sosyal bilimlerde kullanılan bir araştırma ve analiz yöntemidir. Bu öğreti, toplumun yapısını, işleyişini, davranışlarını ve ilişkilerini anlamak için sosyoloji, antropoloji, psikoloji ve diğer sosyal bilim dallarını bir araya getirir. Fransız menşeli olan bu öğreti Anglo-Sakson toplum yapısını önceleyen ve üstünlük tanıyan argümanlara sahiptir. Bundan hareketle de hasta adam olarak nitelendirilen Osmanlı Devleti'nin bir kurtuluş reçetesi olabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler, op. cit.*, s. 104.

Osmanlı Devleti'nin kurtuluşu meşrutiyet rejimi ile mümkün görünmemekte hatta rejimin ne olduğunun da pek bir önemi bulunmamaktadır. Zira sorunun esas kaynağını Osmanlı toplumunun yapısı oluşturmaktadır^[30].

Bu öğretiye göre iki toplum tipinden bahsedilmektedir: bunlar *cemaatçi toplum* ve *bireyci/ferdi* toplum tipleridir. Cemaatçi toplumlarda aile, klan, kabile gibi zümreler üstün kabul edilmektedir. Bu tarz toplumlarda her şey devletten beklenmekte ve bireye çok dar bir hareket alanı tanınmaktadır. Bireyci toplumlarda ise sosyal yapının temelini birey oluşturmaktadır bu nedenle bireysel hayat ve bireysel özgürlükler ön planda tutulmaktadır. Cemaatçi toplum yapısına sahip Osmanlının kurtuluşu ancak bireyci toplum yapısına geçişle mümkün görünmektedir^[31]. Aslında Prens de bu geçişi sağlamak amacıyla siyasi faaliyetlerini sürdürmüş ve bunu gerçekleştirebilmek için birtakım ilkelerin kabul edilmesi ve uygulanması gerektiği üzerinde durmuştur.

A) TEŞEBBÜS-İ ŞAHSİ İLKESİ

Teşebbüs-i şahsi diğer adıyla bireysel girişim fikri Prens Sabahattin'in science sociale fikrinin bir tamamlayıcısı aynı zamanda da sonucu olarak kabul edilmiştir. Çünkü bireysel girişim yoluyla Osmanlı toplumunun cemaat toplumundan bireyci topluma geçişi sağlanabilecektir. Prens, Batının geldiği nokta ile Osmanlı Devleti'nin durumu arasında bir kıyaslama yaparak, liberalizmi yaratan süreci devletin sorunlarını açıklamak için kullanmıştır. Sorunların çözümlenmesi için öncelikle bir metot belirlenmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Böylece sağlıklı reform planlarının yapılarak ilerleme kaydedilebileceğini ileri sürmüştür. Prens sorunlara bilimsel bir yaklaşım sergileyerek sistemli bir şekilde çözüm arayan döneminin öncü düşünürlerinden biri olmuştur. Prens, science sociale öğretisinin ilkelerinden hareketle sorunun yönetsel değil toplumsal olduğunu saptamıştır^[32].

[30] Halil İnalçık, *Devlet-i 'Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, 2016, s. 325; Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler*, *op. cit.*, s. 111-112.

[31] Berkes, *op. cit.*, s. 397-398; Durukan, *op. cit.*, s. 150-152.

[32] Akkaya, *Prens Sabahaddin*, *op. cit.*, s. 56-59.

Science sociale öğretisi uyarınca toplumlar belirli niteliklerine göre cemaatçi toplumlar ve bireyci toplumlar olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Cemaatçi toplumlarda toplumun en küçük birimi olarak aile kabul edilmiş ve özgünlüğünden ziyade bütünü bir parçası olduğu üzerinde durulmuştur. Asya toplumlarını cemaatçi toplumlar olarak kabul eden bu görüşe göre, Osmanlı toplumu gevşek çalışma ve günlük yaşam koşullarına göre cemaatçi bir toplum özelliği göstermektedir. Bu toplumlar üretimden ziyade tüketim üzerine odaklandığı için bireyi kendisine bağımlı kılmaktadır. Bu durum bireyin kişisel becerilerinin ve sosyal yeteneklerinin gelişmesini engellemektedir. Durağan bir yapı sergileyen bu toplumlar içine kapanık ve gelenekçidirler. Cemaatçi toplumlarda sosyoekonomik sorunlar yalnızca devlet eliyle çözülebilmekte, zira birey her zaman çözümü kendisinden dışarda aramakta başka kaynaklara ihtiyaç duymaktadır^[33].

Osmanlı toplumunun yukarıda verilen kriterler bağlamında cemaatçi bir nitelik arz ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira bireyin kişiliğini ve yeteneklerini geliştirmeye yarayan bir eğitim sistemi olmadığı gibi bunu engelleyen geleneksel bir yapı da mevcuttur. Osmanlı bu niteliğiyle bir ulus olma özelliğinden oldukça uzak kalmıştır. Bireyci toplumlarda ise aksine özel yaşam her zaman kamusal yaşamdan üstün tutulmuş ve bireyin özgürlüklerine önem verilmiştir. Bireyci toplumlar dinamik ve bağımsız oldukları için birey; özel mülkiyet, bireysel refah gibi kavramları kendisi yaratmıştır. Osmanlı bireyci yapıyı kendiliğinden gerçekleştirecek güce ve özelliğe sahip olmadığı için bu zamana kadar yapılan reformlar toplum tipini değiştirmek yerine devam ettirmiştir. Batının toplumsal yapısı ve ekonomisi bireycilik, liberalizm, özel teşebbüs, özel mülkiyet gibi kavramlar üzerine temellendirilmiştir. Dolayısıyla Osmanlı toplumunda bu kavramların yer edinebilmesi için özel mülkiyet üzerindeki sınırlandırmaların kaldırılması, rekabetin getirilmesi, bürokratik baskısının azaltılması, sermaye birikiminin önünün açılması ve laik-eşitlikçi bir eğitim sisteminin inşa edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür^[34].

Prens burjuva sınıfının önemini kavradığı için bu sınıfı ortaya çıkarmanın yolunu da bireysel girişimin teşvikinde görmüştür. Osmanlı toplumundaki cemaatçi yapı ülkedeki en yetenekli kişileri dahi bireysel yeteneğe dayalı

[33] *Ibid.*, s. 60-63.

[34] Berkes, *op. cit.*, s. 397-398.

ticaret ve zanaattan uzaklaştırarak bürokraside veya devlet kapısında yer aramaya itmiştir. Sistem kendini sürekli tekrar etmiş böylece geleneksel yapı korunmuştur. Bireyin kendini gerçekleştirme için devlete veya başka şeylere duyulan ihtiyacı yok etmek ve bireysel alanı kamusal alandan öne çıkarmak için bireyin modern bir eğitimden geçmesi, kendi kişisel becerilerini keşfetmesi gerekmektedir. Bu görüşler siyasi çevrelerce liberal bir toplum inşa etmek için önemli adımların atılmasını gerekli kılan *liberalist* görüşler olarak kabul edilmiş; ancak Sabahattin kendini hiçbir zaman bir liberal olarak görmemiştir^[35].

Teşebbüs-i şahsi fikri, siyasi zorbalığı ve memurların oluşturduğu durağan yapıyı ortadan kaldırarak bunun yerine bireysel girişimcilerin temel alındığı aktif bir iktisadi yapıyı öngörmüştür. Bu ilke sayesinde yönetimdeki geleneksel siyasi kültür engeli aşılanacak, demokratik ve katılımcı devlet düzeni oluşturulabilecektir. Adem-i merkeziyetçilerin İttihatçılardan ayrılan yönleri, aslında temel olarak bu husustan kaynaklanmaktadır. Çünkü Prens sorunun yalnızca rejime indirgenemeyeceği, dolayısıyla anayasanın yeniden yürürlüğe konulmasının yeterli olmayacağı düşüncesiyle hareket etmiştir. Ancak İttihatçılar sürecin başından itibaren devleti kurtarmanın çaresini meşrutiyet rejimini getirmek ve anayasayı uygulamakta görmüştür. Prens Sabahattin'e göre devletin kurtarılması için yeni bir yapılanmaya ihtiyaç duyulması halinde bu yapılanmanın tepeden inme değil, tabandan (toplumdan) yukarı doğru yapılması gerekmektedir. Bürokratik merkeziyetçilik toplum üzerinde hâkimiyet kurduğu sürece bunun gerçekleşmesi olanaksız görünmektedir. Dolayısıyla bürokratik merkeziyetçiliğin baskısı da azaltılmalıdır. Yerel yönetimlerin üzerindeki vesayeti kaldırmak ve bu baskıyı kırmak için de *adem-i merkeziyetçilik* ilkesine ihtiyaç duyulmaktadır^[36].

Prens Sabahattin'in fikirleri, bir hürriyet teorisi niteliği taşımış ve liberal bir yön çizmiştir^[37]. Prens'in ileri sürdüğü fikirler esasında bir insan idealini, bu insan idealini gerçekleştirecek bir eğitim teorisini ve bu insan idealine

[35] Murat Kılıç, "Türk Siyasal Hayatında Bir Muhalif İsim ve Hareket: Prens Sabahaddin ve Meslek-i İçtima", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 12, 2010, s. 5-6; Durukan, *op. cit.*, s. 151-153.

[36] Reyhan, *Türkiye'de Liberalizmin Kökenleri*, *op. cit.*, s. 77-87.

[37] Ökmen, *op. cit.*, s. 16.

uygun bir toplum tasavvurunu ortaya koymakta ayrıca bunu gerçekleştirmek için bir yöntem öngörmektir^[38].

B) ADEM-İ MERKEZİYET İLKESİ

Bir devlet, idari yapıdaki yetki ve görev dağılımının nasıl düzenlendiğine bağlı olarak *merkeziyetçi* ya da *adem-i merkeziyetçi* olarak nitelendirilir. Merkeziyetçi devletlerde; mülkî idare bölümleri tüzel kişiliğe sahip olmasının yanı sıra, merkezden bağımsız karar alma veya icra etme imkanına da sahip değildirler. Bütün yetkiler merkezde toplanmakta ve bütün kararlar merkez tarafından alınmaktadır, dolayısıyla bu tür yapılar merkeziyetçi olarak nitelendirilmektedir.^[39] Diğer taraftan yerel özellik gösteren yani o bölgede yaşayanların ihtiyaç duyduğu hizmetlerin merkezden ayrı bir idare organı tarafından yürütüldüğü ve kararların bağımsız olarak alındığı sistemde ise adem-i merkeziyet ilkesinden söz edilmektedir.^[40] Adem-i merkeziyet ilkesi merkezi bir otoritenin varlığını öngörmektedir. Zira yerinden yönetim ilkesi gereğince yetkilerin merkez dışındaki birimler tarafından kullanılabilmesi için öncelikle bir merkezi yönetimin varlığı gerekmektedir. Böylece bazı yetkilerin merkezden diğer yönetsel birimlere aktarılmasından söz edilecektir.^[41]

Adem-i merkeziyetçilik esasında Osmanlı Devleti'ne Fransızca'dan tercüme edilerek girmiştir^[42]. *Decentralisation* kelimesinin karşılığı olan adem-i merkeziyet kavramını ilk kez kullanan Prens değildir. Bu ilkenin temellerini N. Kemal ve Mithat Paşa'da da görmek mümkündür. Nitekim o dönemde de benzer tartışmalar yaşanmış ve N. Kemal adem-i merkeziyetçiliğin ve federal yapının Osmanlı devletinin birliğini parçalayacağını öne sürerek

[38] Metin Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, Ankara, Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1973, s. 58; Şerif Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri*, İstanbul, İletişim Yayını, 1996, s. 288-290.

[39] Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, 2004, s. 57.

[40] *Ibid.*, s. 61.

[41] Oktay Uygun, *Federal Devlet*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, 2007, s. 119.

[42] Rukiye Akkaya, "Saraylı Bir Muhalifin Siyasî Mücadelesi: Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti", *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı 21, 2015, s. 322.

merkeziyetçi bir tutumu benimsemiştir^[43]. Merkeziyetçiliğin karşıtı olarak kullanılan bu kavram, merkezi yapıdaki devletlerden farklı olarak bazı noktalarda özerk olmayı ifade etmektedir. Özerk olma durumu devletlerde farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Nitekim özerklik devlet örgütlenmesinin hiyerarşik yapısı içinde veya devlet örgütlenmesi içerisinde kalarak yerel ihtiyaçları karşılamak amacıyla yerinden yönetim ilkesine uygun bir örgütlenme şeklinde de olabilmektedir^[44].

Özerklik bir yönetsel ilke olarak hem federal devletler hem de üniter devletler kapsamında kullanılmaktadır. Farklı unsurların birlikteliğinden doğan federalizmde belirli oranda siyasi özerklik verilmesinden söz edilmektedir. Zira etnik, kültürel veya dini olarak farklılaşan unsurları bütünleştirmek amacıyla ortaya çıkan federal sistemde birliktelik kısmi siyasi özerklik ile mümkün olabilmektedir. Nitekim federalizmin en bilinen örneğini oluşturan Amerika Birleşik Devletleri'nde federalizm grup plüralizminin ve bireysel özgürlüklerin korunması amacıyla benimsenmiştir^[45]. Siyasi özerkliğin verildiği veya diğer bir ifadeyle siyasal adem-i merkeziyet ilkesinin uygulandığı federal sistemde yetki ve sorumluluk alt birimler arasında paylaştırılmıştır. Buna göre federal devleti oluşturan federe devletlerin idari yetkilerinin yanı sıra anayasa tarafından öngörülmüş yasama ve yargı yetkileri de bulunmaktadır^[46]. Dolayısıyla federal sistemin unsurları arasında belirli bir yetki dağılımından söz edilmekte ancak buradaki yetkilerin idari olmasından ziyade yasama ve yargı alanlarına ait olmasından bahsedilmektedir. Bu

[43] Berkes, *op. cit.*, s. 246, 312.

[44] Atilla Nalbant, Üniter Devlet Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2012, s. 38; Kübra Köroğlu, *Türkiye'de Adem-i Merkeziyet Tartışmaları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aktaş), Muş, Muş Alparslan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2015, s. 4-5.

[45] Bilal Eryılmaz, *Kamu Yönetimi Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar*, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 5. Baskı, 2012, s. 115-116; Namık Kemal Öztürk, "Federalizm ve Türkiye", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 25, Aralık 1992, s. 66.

[46] Eryılmaz, *op. cit.*, s. 114; Günday, *op. cit.*, s. 61.

nedenle dağıtılan yetkilerin yasama alanında olması halinde siyasal adem-i merkeziyet ilkesinin ortaya çıkacağından söz edilmektedir^[47].

İdari adem-i merkeziyet ilkesinde ise yerel nitelik taşıyan bazı kamusal hizmetler merkezi yönetimin hiyerarşisi dışındaki bir yönetim birimi tarafından yerine getirilmektedir. Kendi kamu tüzel kişiliğine sahip bu yönetim birimlerinin kendilerine özgü iradeleri bulunmaktadır ancak buradaki irade siyasal adem-i merkeziyetçilikte kullanılan yasama ve yargı yetkisinden farklıdır. Buna göre idari adem-i merkeziyetçilikte merkezi yönetim dışında egemenlik hakkını kullanan başkaca bir yönetim birimi bulunmamaktadır. Merkezi yönetim, yerel yönetimlere kanunlar yoluyla bazı yetki ve sorumluluklar aktarmaktadır. Bu nedenle de yönetim birimleri arasındaki ilişkinin sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesinde esas yetkili merkezi yönetim olarak kalmaktadır^[48].

Adem-i merkeziyet ilkesinin temelleri I. Jön Türk Kongresi'nde atılmıştır. Prens, imparatorluk bünyesindeki milliyetçi ve ayrılıkçı akımları engellemenin yolu olarak bu ilkeyi işaret etmiştir. Ancak bu fikirlerinden dolayı Prens Sabahattin, İTC grubu tarafından ülkeyi bölmekle suçlanmış ve azınlıklar tarafından kendisine destek verildiği ileri sürülmüştür^[49]. Adem-i merkeziyet ilkesi yalnızca Prens tarafından değil, aynı zamanda Ahrar Fırkası, Hürriyet ve İtilaf Fırkası ve ayrıca İTC grubu arasındaki bazı kişiler tarafından da savunulmuştur. Prens Sabahattin, adem-i merkeziyet ilkesini hem ekonomik hem sosyal görüşlerini temellendirmek amacıyla kullanmış ve bunu Kanun-i Esasi'nin 108. Maddesini dayanak göstererek yapmaya çalışmıştır^[50].

[47] Harun Yılmaz, “Yerinden Yönetim İlkesinin Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Hükümet Sistemleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 26, Nisan 2016, s. 517.

[48] Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 6. Baskıya Ek 7. Baskı, 2019, s. 204-207; Yıldızhan Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsî-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezayif*, İstanbul, Güray Matbaası, 2. Baskı, 1984, s. 16-18.

[49] Durukan, *op. cit.*, s. 153.

[50] *Adem-i merkeziyet bizden evvel Kanun-i Esasi 108. maddesinde “Vilâyâtın usûl-i idaresi tevsî-i mezuniyet ve tefrik-i vezayif kaidesi üzerine müesses olup derecatı nizâm-ı mahsus ile tayin kılınacaktır” bendi ile mevzu bahis etmiş idi...*” Bkz. Alkan, *op. cit.*, s. 140.

Kanun-i Esasi'nin 108. Maddesindeki düzenleme şöyledir: “*Vilâyatın usulü idaresi, tevsii mezuniyet ve tefriki vezayif kaidesi üzerine müesses olup derecatı nizamı mahsus ile tâyin* kılınacaktır.”^[51] Buna göre madde metninde yer alan *tevsii mezuniyet* yetki genişliğini^[52]; *tefriki vezayif* ise görev ayrımını ifade etmek için kullanılmıştır. Bu iki kavramı içeren 108. maddeyi doğrudan adem-i merkeziyet ilkesi olarak kabul edenler olmakla birlikte, bu maddeden yalnızca merkeziyetçilik anlaşılması gerektiğini savunanlar da olmuştur^[53].

Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti iki temel üzerine inşa edilmiş ve bunlardan ikincisi de adem-i merkeziyet ilkesidir. Cemiyetin amacı idari bakımdan adem-i merkeziyet ilkesinin merkezi-siyasi iktidarın yereldeki toplum üzerindeki hakimiyetini hukuksal bir çerçeveye sokmak için kullanılmasıdır. Merkezin yerel yönetimler üzerindeki baskısını ve vesayetini kaldırmak için, bu ilkeye ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü idari sistemin daha hızlı ve etkin bir şekilde işletilebilmesi için taşradaki memurlara yeterli serbestlik tanınmalıdır. Böylece hem yerel sorunlara daha hızlı bir şekilde

[51] 1876 Tarihli Kanun-i Esasi, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>. (E. T. 01.02.2024)

[52] Tevsii mezuniyet bir bölge veya hizmetin başında bulunan memura merkezin karar alma ya da uygulama gibi kamu gücünden doğan yetkilerin tanınmasıdır. Ayrıca 1982 Anayasası'na göre ise bu ilke valinin bazı yetkileri merkeze sormadan merkez adına kullanmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla tevsii mezuniyet merkez memurlarının yetkilerini genişleten bir ilke olup merkeziyetçiliği korumaktadır. Ancak 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de yer verilen tevsii mezuniyet ilkesini Prens Sabahattin idari adem-i merkeziyet olarak yorumlamıştır. Buna göre adem-i merkeziyette karar alma gücü ve yetkisi mahalli idarelere veya hizmet fertlerine aittir. Bu yüzden idare tasarrufunu oluşturan irade merkezin değil doğrudan mahalli halkın veya hizmet kurumunun iradesidir. Bu iradenin kullanılmasından doğan sonuçlar mahalli halka ve hizmete ait olur. Dolayısıyla idari adem-i merkeziyette merkezden ayrı varlığı olan ve temsil ettiği bölge adına kararlar almaya yetkili olan organların varlığını gerektirir. Oysa tevsii mezuniyette böyle bir ayrı organ yoktur ve asıl irade sahibi yine merkezdir. Bkz. Ramazan Yıldırım, “Kanun-i Esasi'ye Göre Tevsii Mezuniyet İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 6, 1993, s. 233-235.

[53] Akkaya, “Saraylı Bir Muhalifin”, *op. cit.*, s. 322.

çözüm üretilebilecek hem de taşrada gelişen burjuvazi merkeze karşı meşru bir alan yaratarak siyasal katılımı arttıracaktır^[54].

Prens Sabahattin'e göre adem-i merkeziyet ilkesi bir devlet yapısından bağımsız olarak idari bir modelin adıdır ve esasında yalnızca yetki genişliğini ifade etmektedir. Toplumun kurtuluşu için eğitimi; devletin kurtuluşu için de bu ilkeyi ön gören Prens, bu ilke ile doğrudan herhangi bir devlet şekli arasında bağlantı kurmamıştır. Dolayısıyla bu ilkenin özerklik ifade etmediğini ve bunun İttihatçılar tarafından kasten değiştirildiğini vurgulamıştır. Prens bu ilkeyi yetki genişliği ile açıklamış bunun da vazifelerin ayrımından başka bir şey olmadığını dile getirmiştir. İttihatçıların kastettiği şekilde siyasi bir adem-i merkeziyetten bahsetmediğinin altını her fırsatta çizmiştir. Yetki genişliğinde merkez idare bazı yetkilerini aynı hiyerarşik yapı içindeki alt birimlere devretmektedir. Ancak burada bile merkezin denetimi devam etmektedir. Fakat adem-i merkeziyet usulünde icrai karar alma yetkisi merkeze ve merkezi hiyerarşiye dahil olmayan bazı organlara verilmektedir. Merkezin bu organlar üzerinde hiyerarşik gücü yoktur. Bu modelde kamu gücünü temsil eden organlar doğrudan halk tarafından seçilmekte veya adem-i merkeziyet idare tarafından görevlendirilmektedir^[55].

“Adem-i merkeziyet, işlerin hususiyetine göre, kuvvetlerin ayrılışı, yani her muayyen mesuliyete bir salahiyetin mutlaka tekabül etmesi fikridir. Bilhassa işlerin mahallinde görülmesi, hükümet merkezine müracaatta lüzum kalmamasıdır.”[56]

Prens Sabahattin valilerin ve vilayet memurlarının yetkilerini genişletmek, Meclis-i Umumi'yi açtırmak ve böylece bölge halkının, ödedikleri vergilerin nereye harcandığını denetleyebilme imkanı kazanmasına olanak sağlamak istemiştir. Bu yüzden de merkeziyetçiliğin devam ettiği sürece yerelden başlayarak ülke genelinde bir kalkınmanın mümkün olmayacağını ileri sürmüştür^[57].

[54] Reyhan, Türkiye'de Liberalizmin Kökenleri, *op. cit.*, s. 65-75.

[55] Akkaya, “Saraylı Bir Muhalifin”, *op. cit.*, s. 323-325; Yayla *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri*, *op. cit.*, s. 84-85.

[56] Alkan, *op. cit.*, s. 276.

[57] Bayram Bayraktar, “Günümüzde Yeniden Değerlendirilmesi Gereken Bir Düşünür: Prens Sabahattin Bey”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Sayı 18, 1996, s. 56.

Adem-i merkeziyeti bir yerde görevli mahalli memurların işlerin mahalinde görülebilmesi ve yerel hizmetlerin merkeze başvurmadan gerçekleştirilmesi olarak nitelendirilmektedir^[58]. Buna göre Prens Sabahattin'in hedeflediği adem-i merkeziyetçi yönetimin amacı valilerin daha fazla yetkili kılınması ve seçimle oluşturulacak meclisler sayesinde yerel halkın yönetimde söz sahibi olmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle söz konusu ilkenin siyasal bir özerklik ve konfederasyon kavramlarını içermediği ileri sürülmüştür. Bu ilkeyle kastedilmek istenen hususun, siyasal adem-i merkeziyet değil, idari adem-i merkeziyet olduğu ifade edilmiştir. Böylece merkezin asıl yetkili olması ve idarenin bütünlüğü korunmaktadır. Prens Sabahattin, 19. yüzyılda uygulanan Osmanlı millet sisteminin yapısını buna örnek olarak vermiştir^[59]. Adem-i merkeziyet ilkesinin devleti çöküşe götüreceği eleştirilerine karşı ise Ege adaları dışındaki her yerde Hristiyan kökenli insanların azınlıkta olduğu gerçeğinden hareketle devletin dağılma tehlikesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir^[60].

Üniter devlet yapılanmasında adem-i merkeziyet ve yetki genişliği ilkeleri zorunlu olarak merkezi bir yönetimi işaret etmektedir. Bu ilkelerin varlığı halinde merkezi yönetim kendi iradesi ile kendi dışındaki yönetsel birimlere bazı yetkileri dağıtmakta ve istediği zaman da geri almaktadır. Ancak federalizmde bütünü parçasını oluşturan unsurlar, bütünleşmenin özerkliklerinden taviz vermeden gerçekleştirebileceği şartıyla bir araya gelmektedirler. Dolayısıyla gerek federalizmde gerek üniter devlette geçerli olan özerklik ilkesinin birbirinden tamamen farklı olduğu kabul edilmektedir. Üniter devlette egemen olan merkezi yönetim kendi iradesiyle yönetsel birimlerin özerk olmasına müsaade ederken federal devlette zaten özerk olan yönetsel unsurlar bu özerkliklerini korumaya devam etmektedir.^[61] Dolayısıyla Prens Sabahattin'in adem-i merkeziyetçiliği idari kapasitenin geliştirilmesini, yönetimde verimliliğin ve etkinliğin sağlanmasını ve hesap verebilirliğin

[58] Günday, *op. cit.*, s. 62-63.

[59] Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri*, *op. cit.*, s. 86-87; Prens, Hristiyanlara yönelik vergi, mahkeme, eğitim uygulamalarının adem-i merkeziyetçiliğin açık bir örneği olduğunu vurgulaması kavramın daha da karmaşık bir hal almasına neden olmuştur. Bkz. Akkaya, "Saraylı Bir Muhafifin", *op. cit.*, s. 327-328.

[60] Bayraktar, *op. cit.*, s. 55.

[61] Nalbant, *op. cit.*, s. 40.

geliştirmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle adem-i merkeziyetçilik fikri yöneltilen eleştirilerin aksine üniter siyasi bir yönetimin içerisinde idari yerelleşmeye karşılık gelmektedir.

C) ELEŞTİRİLER

İttihat ve Terakki Cemiyeti mensupları, Prens'in adem-i merkeziyet ilkesini dönemin koşullarını gerekçe göstererek reddetmiştir. Zira İttihatçılar, milliyetçilik akımlarının yoğun olarak yaşandığı böyle bir dönemde azınlıkların idari adem-i merkeziyet ile yetinmeyeceklerini ve özerklik isteyeceklerini iddia etmişlerdir. Böyle bir şeyin mümkün olabileceğine inanmak ise devletin yok olması demektir. Zaten Tanzimat döneminde yabancı devletlerin baskılarıyla yapılan vilayet sistemine ilişkin hukuki düzenlemeler bunu ispatlar nitelikteki bir örnek olarak gösterilmiştir^[62].

II. Meşrutiyet dönemi siyasal cemiyetlerin programlarında “tevsi-i mezu-niyet” ve “tefrık-i vezâif” kavramları yer almasına rağmen çoğu adem-i merkeziyet ilkesine yer vermemiş ve şiddetle reddetmiştir. Hüseyin Cahid bu kavramı Osmanlı adalarının Girit misali hep Yunan'ın kucağına bırakılması anlamına geleceğini iddia etmiştir. Zira aslında yetki genişliği kavramı ile adem-i merkeziyet kavramları arasında Prens'in bahsettiği gibi bir farkın olmadığını ileri sürmüştür. Özellikle bu kavram azınlıklar tarafından geniş yorumlanarak ayrılma taleplerini gündeme getirmelerine neden olabilecektir^[63].

Maarif Nazırı Emrullah Bey de, üç kavramın birbirinden farklı olduğunu, adem-i merkeziyeti merkeziyetsizlik ve merkezden emir, talimat almamak olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla Prens'in gerçekten bu kavramla yetki genişliğini mi savunduğunu yoksa mülki taksimat mı yapmak istediğini anlamaya çalışmış ve eleştirmiştir. Prens'in esas amacının Fransa gibi usul-ü idareyi tercih etmek mi yoksa Arnavutluk gibi yeni bir ahval-i idare tesis etmek mi olduğunu sorgulamıştır. Osmanlı Devleti'nde yasama, yürütme ve yargılama yetkisi yalnızca merkezi hükümete aittir ve bu yetkilerin yerel meclislere tevdi edilmesi merkezi gücün bölünmesi anlamına gelecektir.

[62] Birgül Ayman Güler, “Yerel Yönetimleri Güçlendirmek Mi? Ademi Merkeziyetçilik Mi?”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 9, 2000, s. 15-16.

[63] Cenk Reyhan, *Osmanlıda İki Tarzı İdare*, Ankara, İmge Kitabevi, 2007, s. 31-33.

Böyle bir yönetim anlayışının benimsenmesi Osmanlı Devleti'nin birliğinin parçalanması anlamı taşıyacağı için kabul edilmemiştir^[64].

Prens Sabahattin'in gözden kaçırdığı bir başka nokta ise emperyalist ve kapitalist devletlerin az gelişmiş ülkelere karşı izlemiş oldukları sömürü siyasetidir. Prens'in Avrupa'yı örnek alarak yaptığı toplumsal çözümlemede, Batılı devletlerin geri kalmışlığının nedenlerine temas edilmemiştir. Sanayi devrimi ile güçlenen ülkelerin zaten sömürü alanı haline gelen azınlıkların hâkim olduğu bir ülkenin bu ülkelerle nasıl bir ilişki içine girebileceği sorgulanmamıştır. Milliyetçilik akımlarının etkili olduğu böyle bir zamanda Batı ile girilen ekonomik ilişkiler azınlıkların sadece idari anlamda adem-i merkeziet ile yetineceklerinin garantisini verebilir miydi? Zira bu döneme kadar çıkarılan nizamnameler ile getirilen ne etnik özerklik ne coğrafi özerklik kavramları azınlıkların ayrılıkçı taleplerini dizginleyebilmiştir. Tüm bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde aslında Prens'in getirmek istediği ilkenin Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle büyük sıkıntılar yaratacağı kanısına varılmıştır^[65].

IV. CUMHURİYET DÖNEMİ ANAYASALARINDA ADEM-İ MERKEZİYETÇİLİK

Osmanlı Devleti'nde vilayet sistemi Tanzimat döneminde yapılan iki nizamname ile düzenleme altına alınmış ve sistemselleştirilmiştir. 1864 ve 1871 yıllarında yapılan Vilayet Nizamnameleri merkezietçi nitelik arz etmiştir. II. Meşrutiyet dönemi Meclis-i Mebusan'ı tarafından yapılan 1913 tarihli İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu Muvakkati ile vilayet sistemine merkezietçilik yerine adem-i merkezietçilik ilkesi getirmek istenmiştir. Bu düzenleme bilhassa Kanun-i Esasi'nin 108.maddesinde hüküm altına alınan "tevsii mezuniyet ve tefriki vezaif" kaidelerine dayandırılmıştır. Zira meşrutiyet yönetiminde milletin her bir unsurunun yönetime katılması gerektiği fikrinden hareketle parlamento dışında da halkın yönetime katılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bunu sağlamanın yolu ise halkın yerel yönetim işlerinde söz sahibi olmasında görülmüş, tevsii mezuniyet ve tefriki vezaif ilkeleri de bu gereksinim için kullanılmıştır. 1913 yılında yapılan düzenleme merkezi idare karşısında vilayetlerin yetki ve görevlerini ele

[64] Reyhan, *Osmanlıda İki Tarzı İdare*, *op. cit.*, s. 50-53.

[65] Reyhan, *Türkiye'de Liberalizmin Kökenleri*, *op. cit.*, s. 139-140.

almıştır. Vilayetleri, merkezi idareye karşı özerk kılan bu kanunu muvakkat yerel ölçekteki yönetim gücünü merkezden yerele doğru kaydırmaktadır^[66].

Osmanlı döneminin adem-i merkeziyet anlayışı uzunca bir süre etkisini sürdürmüştür. Nitekim 1921 ve 1924 Anayasa'larında bu anlayışın etkilerini görmek mümkündür. Zira 1921 Anayasası'nda vilayetlere yerel hizmetler bakımından tüzel kişilik ve özerklik verilmiştir. Merkezi idarenin egemenlikten kaynaklı asli görev ve yetkilerinin dışında kalan hizmet alanları bakımından vilayet meclisleri yetkili kılınmıştır. Meclisin vekili ve temsilcisi olarak görev yapan valiler Meclis Hükümeti tarafından atanmış ve vilayet meclislerinden ayrı tutulmuştur. Valiler, vilayetlerde yalnızca genel devlet işlerinden sorumlu kabul edilmiş bunun dışında kalan eğitim, sağlık, ekonomi, vakıf ve sosyal yardım gibi hizmet alanlarının yönetimi vilayet meclislerine bırakılmıştır. Halk tarafından iki yıllık bir süre için seçilen vilayet meclisleri kendi üyeleri içerisinde bir başkan ve bir idare heyeti çıkarmaktadır. Vilayet meclisleri tarafından alınan kararların yürütülmesi ile görevli kılınan idare heyeti yukarıda sayılan alanlarda faaliyet göstermiştir. Özetle 1921 Anayasası, Osmanlı-Türk anayasacılık tarihinde görülmemiş ölçüde adem-i merkeziyetçi bir yapı öngörmüş hatta merkeziyetçilik sınırlı bir yer tutmuştur. Bu nedenle de 1921 Anayasası'nın öngörmüş olduğu sistemin bir taşra demokrasisi kurmak amacı güttüğü ileri sürülmüştür^[67].

1924 Anayasası, Kanun-i Esasi'deki hükümlere benzer bir düzenleme getirmiş ve illerin yetki genişliği ile görev ayrımı ilkelerine göre yönetileceğini öngörmüştür. Yetki genişliği ilkesi, valilerin yerinden yönetim esasını uyarınca görev çerçevesini belirlerken görev ayrımı ilkesi ise merkezi idare ile yerel yönetimlerin görevli olduğu alanların ayrılması anlamını taşımıştır. 1924 Anayasası'nda yerel yönetimlerin görev ve yetkileri açıkça belirtilmemiş, sadece bunların dayanacağı ilkelere ve tüzel kişiliklerine işaret edilmiştir. 1924 Anayasası'nda adem-i merkezi yapı yerine, tevsi-i mezuniyet ve tefrik-i vezaif ilkeleriyle yetinilmiştir. Yerel karşısında merkez daha güçlü kılınmıştır. Zira TBMM'nin milli iradeyi temsil ettiği düşüncesi 1924 Anayasası'nın kurmuş olduğu sistemde etkili olmuştur. Anayasa, milli birliği önceleyen

[66] Güler, *op. cit.*, s. 18-19.

[67] Barış Kandeğer, "1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Bağlamında Meclis Hükümeti Sistemi, Milli Egemenlik ve Adem-i Merkeziyetçilik", *Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2021, s. 26-27.

ve tekçi bir anlayışla hazırlanmıştır. Bu nedenle de yönetim ilkeleri milli birliği güçlendirecek ve güçlü merkezi devleti ön planda tutacak biçimde yorumlanmıştır^[68].

1961 Anayasası ile birlikte adem-i merkeziyetçiliğin tevsii mezuniyet ve tefriki vezaif ilkelerinden oluştuğu görüşü terkedilmiştir. Çünkü bu dönemde görev ayrımı terimi anayasadan çıkarılmış ve ardından gerekli değişiklik İller İdaresi Kanunu'nda da yapılmıştır. 1961 Anayasası idarenin merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükmünü getirmiş ve ayrıca idarenin bütünlüğü ilkesini benimsemiştir^[69]. Literatürde yerinden yönetim ile tefriki vezaif kavramlarının aynı anlama gelip gelmediğine yönelik tartışmalar ortaya çıkmış; Onar, bu iki kavramın aynı anlamı taşıdığını ve tefriki vezaifin adem-i merkeziyetten kaynaklandığını ileri sürmüştür. Zira 1961 Anayasasında belirtilen yerinden yönetim esası adem-i merkeziyetçiliğe işaret etmektedir^[70]. 1961 Anayasası'na kadar tüm anayasalarda yer alan yetki genişliği ve görev ayrımı ilkeleri, adem-i merkeziyet ya da yerinden yönetim olarak kabul edilmiştir. Zaman içerisinde ilkelerin taşıdığı anlam değişmemekle birlikte adem-i merkeziyetin algılanışı değişikliğe uğramıştır. Zira tevsii mezuniyet ilkesi adem-i merkeziyetçiliği değil aksine merkeziyetçiliği sağlayan bir unsur olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla valilerin yetkilerini genişletmeye yarayan tevsii mezuniyet ilkesi lehine yapılan düzenlemeler merkeziyetçiliği güçlendirme olarak değerlendirilmiştir. Nitekim günümüzde il özel idareleri lehine yapılan düzenlemeler dahi bu minvalde görülmüştür^[71].

Yetki genişliği ilkesi, kamu hizmet ve faaliyetlerinin görülmesinde bir yer veya hizmetin başındaki görevliye, esasen merkeze ait olan bazı kararları alma ve uygulama yetkisinin tanınması olarak kabul edilmiştir. İllerin yetki genişliği esasına göre yönetilmesi merkezden yönetimin yumuşatılmasına hizmet ederek merkeziyetçiliğin neden olduğu sakıncaları giderme amacı gütmektedir. Bu ilke ile merkezdeki yöneticilerin ellerinde bulunan bazı yetkiler illerdeki valilere aktarılmaktadır. Valiler, yetki genişliği sayesinde

[68] Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri*, *op. cit.*, s. 134-140.

[69] Güler, *op. cit.*, s. 20.

[70] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960, s. 819-820.

[71] Güler, *op. cit.*, s. 20.

temsil ettikleri yönetimin yetkilerini kullanabilmekte, kamu gücü ile icrai kararlar alabilmekte ve resen hareket etme yetkilerine sahip olmaktadır^[72].

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın aksine oldukça merkeziyetçi ve tekçi bir yapı ortaya koymuştur. Zira Anayasanın 3. maddesinde, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu ifade edilmiş bunun yanında da Anayasanın 123., 126. ve 127. Maddelerinde idarenin bütünlüğüne vurgu yapılmıştır. Böylece üniter ve merkeziyetçi bir yapıya dikkat çekilmiştir. 1982 Anayasası idarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını belirtmiştir. 1982 Anayasası'nın mahalli idareler başlığı taşıyan düzenlemesinde mahalli idarelerin yerinden yönetim ilkesi uyarınca yetki ve görev kullanacağı öngörülmüştür. Ayrıca kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları ve seçimle iş başına gelen yönetim organlarının olması mahalli idarelerin idari özerkliğine işaret etmektedir. Bunun yanında da merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki vesayet yetkisine de yer verilmiş, bu yetki yoluyla idarenin bütünlüğünü koruma amacı güdülmüştür.

Özetle 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile Osmanlı anayasal düzeninde yer edinen yetki genişliği ve görev ayrımı kavramları ile adem-i merkeziyet ilkesi gündemdeki ağırlığını her zaman korumuştur. Gerçekten de bu iki kavramla kast edilmek istenen nedir? Valilerin yetkilerini genişleten ama aynı zamanda bu yetkileri yalnızca belli görevleri yerine getirmek için tanıyan bu ilke aslında bizi yine merkeziyetçiliğin korunduğu fikrine götürmektedir. Görevlerin ayrımı ilkesi ise geniş anlamda yerinden yönetim ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Burada söz konusu ilke kamu hizmetlerinin görülmesi usulünden yola çıkılarak ortaya konmalıdır. Umumi kamu hizmetlerinin il genel idaresine bırakılması hususi hizmetlerin ise il özel idaresine bırakılması neticesinde bir görev ayrımı ilkesi doğmuştur. Dolayısıyla merkezi idare aslında burada yerel yönetimleri bu görevlerin yerine getirilmesi noktasında yetkili kılmaktadır^[73]. Buna göre bugün geldiğimiz noktada 1982 Anayasası'nda düzenlenen yetki genişliği ilkesi ile yerinden yönetim ilkesi idarenin bütünlüğü ilkesine hizmet etmektedir. Sonuç olarak Prens Sabahattin'in ortaya koymuş olduğu adem-i merkeziyetçilik düşüncesi kendi içerisinde yetki genişliği ve görevlerin ayrımını barındırmıştır. Prens bu ilkeyi

[72] Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 32. Baskı, 2014, s. 40.

[73] Reyhan, *Osmanlıda İki Tarzı İdare*, op. cit., s. 65-70.

hiçbir zaman devletin birliği ve bütünlüğünü tehlikeye sokacak siyasi özerkliği kast ederek kullanmamış, merkeziyetin ve bürokrasinin hantallığına bir çare olarak önermiştir. Zira amacı devletin yerelden başlayarak bütünüyle kalkınmasını sağlamaktır. Bu da ancak yereldeki sorunların orada yaşayan halk tarafından doğrudan tespit edilmesi, çözüm üretilmesi ve merkeze danışmadan icraata geçilmesiyle mümkün görülmüştür. Adem-i merkeziyetçilik tartışmaları ve bu kavramın tam olarak neyi ifade ettiği günümüze kadar uzansa da gerek devletin üniterliği gerek idarenin bütünlüğü esaslarından bir sapma meydana getirmemiştir.

SONUÇ

Prens Sabahattin Osmanlı hanedanına mensup, II. Abdülhamit'in kız kardeşi olan Seniha Sultan ve Damat Mahmut Paşa'nın oğullarıdır. Kendisi bir hanedan üyesi dolayısıyla bir sultanzade olmasına rağmen prens unvanı ile anılmıştır. Prens aldığı eğitim ve içinde bulunduğu dönemseller koşullar nedeniyle siyasetle yakından ilgilenmiştir. Özellikle padişaha ve istibdat rejimine karşı başlattıkları muhalif duruş nedeniyle Jön Türk adı verilen bir grup ortaya çıkmış, Prens de bu grubun içerisinde yer almıştır.

Jön Türkler daha güçlü bir ses oluşturmak için bütün muhalif grupları tek çatı altında birleştirmek amacıyla Paris'te bir kongre düzenlemişlerdir. Kongreye katılan gruplar istibdat rejime karşı yalnız basın ve yayın yoluyla muhalefet etmenin yetersiz kaldığı görüşünde hemfikir olmuşlardır. Diğer taraftan ise padişahın saltanatına son vermek amacıyla girişilecek harekette askeri gücün de kullanılması gerektiği ve yabancı devletlerin müdahalesinin kabul edilmesi konularında ayrışmalar yaşanmıştır. Netice itibarıyla Jön Türkler belirgin olarak iki fikir cephesine bölünmüşlerdir. Bir tarafta yabancı devlet müdahalesini gerekli gören Prens diğer tarafta ise buna karşı çıkan İttihatçılar yer almıştır. Bu ikili ayrışma Batılı çevrelerce liberalizmin ve milliyetçiliğin karşı karşıya gelmesi olarak tanımlanmıştır. Prens bu kongreden sonra fikirlerini bir cemiyet faaliyeti altında yürütme kararı almış, bu amaçla Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti'ni kurmuştur ve Terakki adındaki gazeteyi çıkarmıştır. Cemiyetin program ve amaçlarının bu yayın organı sayesinde hem ulusal hem uluslararası düzeyde ifade edilme imkanı yakalanmıştır.

Prens bundan sonraki dönemlerde bu cemiyetin ülke çapında teşkilatlanmasına ve ilkelerinin anlaşılıp benimsenmesine ağırlık vermiş; bu amaçla da yayın organı vasıtasıyla siyasi fikirlerini ortaya koyan yazılar kaleme almıştır. Bu arada II. Meşrutiyet'in ilan edilmesi anayasanın yürürlüğe girmesi ve İTC'nin iktidara gelmesiyle yeni bir dönem başlamıştır. Başlangıçta hem Prens hem İTC grubu ülkenin kurtuluşu için mücadele yürütmüşlerdir. Ancak İTC iktidara geldikten sonra kurtuluşun yalnızca yeni ıslahatlar yapmak, anayasayı uygulamak yoluyla mümkün olacağını benimsemiştir. Ayrıca her fırsatta merkezi gücün korunması, Osmanlı'nın bölünmezliği ve birliği üzerinde durarak kendilerine karşı yürütülen muhalefete karşı çıkmışlardır.

Prens Sabahattin İTC'nin içine girdiği bu tutumdan sonra ittihatçılardan yollarını tamamen ayırarak kendi siyasi fikirleri doğrultusunda muhalefetini sürdürmüştür. Bu amaçla kurduğu Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti ile teşebbüs-i şahsi ve adem-i merkeziyet kavramlarının hayata geçirilmesi için uğraşmıştır. Bunun için de Le Play ve Demolins'in geliştirdikleri science sociale öğretilerinden faydalanmıştır. Toplumların içinde bulunduğu her türlü sosyoekonomik sorunların bu öğretinin getirmiş olduğu formüllerin kullanılmasıyla çözümlenebileceğine inanmıştır.

Osmanlı toplumunun kurtuluşunu bu öğreti kapsamında gerçekleştirmek isteyen Prens, toplumun cemaatçilikten bireyciliğe geçişi için eğitimi ve mülkiyeti esas almış ve devlet modeline de eleştiriler getirmiştir. Osmanlı devlet mekanizması güçlü bir merkezi bürokrasi ve denetim gücüyle donatılmıştır. Devlet her yerde her zaman her şeye karar veren bir organ olarak girişimci, özgür kişilerin gelişmesine engel olmuştur. Ayrıca devasa bürokrasi içinde kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve günlük ihtiyaçların karşılanması çok sık sekteye uğramıştır. Prens, devlet düzeninin rasyonel ihtiyaçlara göre yeniden düzenlenmesi gerektiğini bunun da ancak adem-i merkeziyet ilkesiyle mümkün olabileceğini savunmuştur. Adem-i merkeziyet ilkesinin siyasi özerklik değil idari açıdan özerklik gerektirdiği hususu üzerinde durmuştur. Dolayısıyla bunun devletin bütünlüğüne yönelik bir tehlike oluşturacağı yönündeki eleştirilere de şiddetle karşı çıkmıştır. Prens bu ilkeyi yetki genişliği ve görev ayrımı kavramlarıyla eş değer tutmuştur. Yerel yönetimlerde valilere geniş yetki verilmesini ve halkın ihtiyaçları göz önünde tutularak kamu hizmetlerinin görülmesinde merkeze bağlı kalmadan karar alınmasını ifade eden adem-i merkeziyet ilkesinin kaynağını Kanun-i Esasi'den aldığı her fırsatta vurgulanmıştır.

Adem-i merkeziyet ilkesi İTC ve diğer siyasi gruplar tarafından kabul görmemiştir. Prens'in iddia ettiği gibi idari adem-i merkeziyet olmaktan ziyade siyasi bir nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür. Ayrıca Prens'in kendisinin de kullandığı kavramlar konusunda bir karmaşa yaşadığı iddia edilmiştir. Zira bu ilkenin dönemin koşullarından bağımsız olarak düşünülmemeyeceğini göz önüne alan İttihatçılar bu ilke yoluyla azınlıkların devletin birliğini tehlikeye düşüreceğini savunmuşlardır. Ayrıca Prens'in adem-i merkeziyetle kastının yetki genişliği olduğu kabul edilse bile bu ilkenin zaten anayasada mevcut olduğunu dile getirmişlerdir. Fakat yetki genişliğinden ziyade ülkenin mülki olarak bölünmesini amaçlayan yabancı devletler kendilerine sömürü alanları

yaratmak amacıyla azınlıkların özerklik taleplerini kullanmaktan çekinmemişlerdir. Dolayısıyla böyle bir ilkenin kabulü halinde Osmanlı Devleti'nin birliğine yönelik ciddi bir tehlike yaratacağı ve ülke topraklarını emperyalist devletlerin sömürü alanı haline getireceği vurgulanmıştır.

Prens Sabahattin, Osmanlı toplumunun kurtuluşunu ilk kez sistemli bir şekilde ele almış ve kurtuluşu toplum yapısının değiştirilmesinde görmüştür. Toplumunu inşa etmek için gerekli olan bireysel özgürlük, özel mülkiyet, bireysel girişim ve adem-i merkeziyet kavramları üzerinden bir çözüm metodu geliştirmiştir. Prens, geliştirdiği çözüm yollarını Batılı devletlerin toplumunu inceleyerek kıyas yoluyla ortaya koymaya çalışmıştır. Fakat bunu yaparken Osmanlı toplumunun özgün niteliklerini yeterli bir şekilde irdelememiş bu nedenle de kalıcı çözümler üretememiştir.

Prens tarafından ortaya konan adem-i merkeziyetçilik düşüncesi esasen bugününün tanımıyla yetki genişliğini işaret etmektedir. Zira yetki genişliği ilkesi merkeziyetçiliği yumuşatma ve esneklik sağlama işlevini yerine getirmektedir. Merkeziyetçiliğin uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek uyumsuzluk ve sakıncaları asgari düzeye indirmeyi amaç edinmektedir. Böylece yereldeki yönetici sorunu kaynağında tespit ederek hızlı karar alabilmekte ve icraata geçebilmektedir. Bu ilke özellikle güçlü merkezi devletlerde görülebilecek hantallığı ve yavaş işleyen mekanizmaların neden olacağı sorunlara çözüm olarak geliştirilmiştir. Bununla birlikte yerelde söz konusu yetkiyi kullanan idari ajan ile merkezi yönetim arasındaki hiyerarşik ilişki devam etmekte ve bu yerel idarenin merkezi idareye bağlılığı oranında sistem merkezi olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla yetki genişliği ilkesinin bu yönüyle adem-i merkeziyetçilikten farklı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Anayasamızda yetki genişliği ilkesi merkezi idarenin taşra teşkilatında ve yalnızca il idaresinde uygulanmaktadır. Valilere tanınan bu yetki idari hiyerarşi kapsamında kullanıldığından idari hiyerarşinin baskısı devam etmektedir. Bu nedenle de bağımsız ve tarafsız karar alabilme imkanının sekteye uğradığı düşünülmektedir. Dolayısıyla yetki genişliği ilkesi yerel ihtiyaçlara çözüm üretmede yetersiz kalabileceği için ortaya çıkacak olumsuzların yerinden yönetim ilkesiyle giderilmesi amaçlanmaktadır.

Prens hiçbir zaman adem-i merkeziyetçiliği devletin birliğinde bir ayrışma yaratacak şekilde siyasi özerklik olarak yorumlamamış aksine devleti güçlendirecek bir ilke olarak kabul etmiştir. Zira siyasi özerklik sağlayan adem-i merkeziyet federal devletlerde karşılaşılan bir durum olup buradaki unsurlar

asındaki ilişki görevler ayrımıyla gerçekleştirilmektedir. Üniter yapıda ise görevler ayrımından değil yetki paylaşımından söz edilmektedir. Dolayısıyla zaman içerisinde ilkelerin taşıdığı anlam değişmemiş ancak tevsii mezuniyet ilkesi adem-i merkeziyetçiliğin değil aksine merkeziyetçiliğin sağlanmasında rol oynamıştır. Nitekim valilerin yetkilerini genişletmeye yarayan tevsii mezuniyet ilkesi lehine yapılan düzenlemeler merkeziyetçiliği güçlendirme olarak değerlendirilmiştir. 1982 Anayasası'nda düzenlenen şekliyle yetki genişliği ilkesi ile yerinden yönetim ilkesi idarenin bütünlüğü ilkesine hizmet etmektedir.

Merkeziyetçilik-adem-i merkeziyetçilik tartışmalarından çıkarılması gereken sonuç hangisinin daha iyi veya daha güçlü olduğu değil, hangisinin bugünün koşullarında daha demokratik olduğudur. Zira küreselleşmeyle birlikte devlet ile devletin unsurlarına olan bakış açısı değişmiş ve birçok kavram bu gelişmeyle dönüşüme uğramıştır. Bilgi ve teknoloji çağı olarak ifade edilen günümüz dünyasında toplumların birbirleriyle olan etkileşimleri artmıştır. Bu etkileşim aynı zamanda insan hakları, eşitlik, hukukun üstünlüğü, demokrasi gibi ortak bazı kavramların inşa edilmesini sağlamıştır. Buna göre Türkiye'nin siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlarına çözüm üretmek için bu dönüşüme kayıtsız kalınmaması gerekmektedir. Dolayısıyla devleti hem ulusal hem uluslararası alanda daha özgürlükçü ve demokratik bir noktaya taşıyacak yol ve yöntemler izlenmelidir. Bireylerin aktif vatandaş kültürüne sahip olması sağlanarak yerel yönetimlerde halkın katılım kanalları genişletilmelidir. Ayrıca yerel yönetimler yeterli mali güç ve personel imkanlarıyla donatılmalıdır. Böylece yerel yönetimlerin karşılaşılabilecekleri politik baskılar azaltılacaktır. Bunlar yapılırken Cumhuriyetin temel nitelikleri, hukukun evrensel ilkeleri ve insan hakları gibi esaslar göz önüne alınmalıdır. Çünkü hukuk devleti, insan hakları ve demokrasi kavramlarının giderek önem kazandığı bir dünyada bu hem bir ihtiyaca hem de bir zorunluluğa işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Rukiye, “Saraylı Bir Muhalifin Siyasi Mücadelesi: Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti”, *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 21, 2015, s. 315-338.
- Akkaya, Rukiye, *Prens Sabahaddin*, Ankara, Liberte Yayınları, 2005.
- Akşin, Sina, *Ana Çizgileriyle Türkiye’nin Yakın Tarihi*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 1996.
- Alkan, Mehmet Ö., *Gönüllü Sürgünden İstibdada Muhalefet*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2007.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 6. Baskıya Ek 7. Baskı, 2019.
- Bayraktar, Bayram, “Günümüzde Yeniden Değerlendirilmesi Gereken Bir Düşünür: Prens Sabahattin Bey”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Sayı 18, 1996, s. 51-61.
- Berkes, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 15. Baskı, 2010.
- Bozan, Mahmut, “Üniter Yapıda Merkeziyet ve Adem-i Merkeziyetin Uyumunu”, *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt 8, Sayı 16, 2017, s. 21-40.
- Burgaç, Murat, “Osmanlı Devleti’nde Adem-i Merkeziyetçilik Tartışması (1876-1913)”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 51, Haziran 2018, s. 145-176.
- Ceylan, Ayhan, “1876 Öncesi Osmanlı Devleti’nde Meşrutiyet Tecrübesi ve Meclis Uygulaması”, in Yusuf Tekin (Ed.), *Yüzüncü Yılında TBMM Oluşumu, Çalışma Şartları ve İşlevleri I*, Ankara, TBMM Basımevi, 2020, s. 1-32.
- Durukan, Kaan, “Türk Liberalizminin Kökenleri”, in Mehmet Ö. Alkan (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce I*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s. 143-155.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar*, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 5. Baskı, 2012.

- Gözübüyük, Şeref, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 32. Baskı, 2014.
- Güler, Birgül Ayman, “Yerel Yönetimleri Güçlendirmek Mi? Ademi Merkeziyetçilik Mi?”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 9, 2000, s. 14-29.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, 2004.
- Hanioglu, M. Şükrü, “Meşrutiyet”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2004, Cilt 29, s. 388-393.
- Heper, Metin, *Modernleşme ve Bürokrasi*, Ankara, Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1973.
- İnalcık, Halil, *Devlet-i’Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, 2016.
- Kandeğer, Barış, “1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Bağlamında Meclis Hükümeti Sistemi, Milli Egemenlik ve Adem-i Merkeziyetçilik”, *Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2021, s. 15-32.
- Kılıç, Murat, “Türk Siyasal Hayatında Bir Muhalif İsim ve Hareket: Prens Sabahaddin ve Meslek-i İçtima”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 12, 2010, s. 1-14.
- Koroğlu, Kübra, *Türkiye’de Adem-i Merkeziyet Tartışmaları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aktaş), Muş, Muş Alparslan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2015.
- Küçük, Cevdet, “Çırağan Vakası”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1993, Cilt 8, s. 306-309.
- Mardin, Şerif, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri*, İstanbul, İletişim Yayını, 1996.
- Nalbant, Atilla, *Üniter Devlet Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2012.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960.
- Ortaylı, İlber, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara, Cedit Neşriyat, 6. Baskı, 2017.

- Ortaylı, İlber, “Osmanlı Devleti ve Meşrutiyet”, *Tanzimat’tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 4, s. 953-960.
- Ökmen, Mustafa, “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Türkiye’de Merkezîyetçilik- Adem-i Merkezîyetçilik Pratiği Üzerine Notlar”, *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 9-10, 2012, s. 1-25.
- Öztürk, Namık Kemal, “Federalizm ve Türkiye”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 25, Aralık 1992, s. 65-76.
- Reyhan, Cenk, *Türkiye’de Liberalizmin Kökenleri*, Ankara, İmge Kitabevi, 2008.
- Reyhan, Cenk, *Osmanlıda İki Tarzı İdare*, Ankara, İmge Kitabevi, 2007.
- Reyhan, Cenk, “Prens Sabahaddin”, in Mehmet Ö. Alkan (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce I*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s. 146-151.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, 2016.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasal Partiler I*, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1984.
- Uygun, Oktay, *Federal Devlet*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, 2007.
- Ülken, Hilmi Ziya, *Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi*, İstanbul, Ülken Yayınları, 1998.
- Ünal Açıkgoz, Merve, “1876 Tarihli Kanun-i Esasi’de Yasama-Yürütme İlişkisi”, *Yasama Dergisi*, Sayı 43, 2021, s. 61-86.
- Yayla, Yıldızhan, “Osmanlı Devleti’nde Meşrutiyet Kavramı”, *Tanzimat’tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 4, s. 948-952.
- Yayla, Yıldızhan, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezâif*, İstanbul, Güray Matbaası, 2. Baskı, 1984.
- Yıldırım, Ramazan, “Kanun-i Esasi’ye Göre Tevsi Mezuniyet İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 6, 1993, s. 231-248.

Yılmaz, Harun, “Yerinden Yönetim İlkesinin Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Hükümet Sistemleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 26, Nisan 2016, s. 511-545.

Zürcher, Erik Jan, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1999.

Hukuka Müzik Estetiği Penceresinden Bir Bakış Denemesi*

Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu makale Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde sunmuş olduğum “Hukuk ve Müzik” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, dilaraagaoglu@yahoo.com, **ORCID:** 0000-0002-7980-7856.

Makale geliş tarihi: 8 Mayıs 2024 **Makale kabul tarihi:** 16 Haziran 2024

Atf önerisi: Ağaoglu Canay, Hatike Dilara, “Hukuka Müzik Estetiği Penceresinden Bir Bakış Denemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.429-446. **DOI:** 10.30915/abd.1480556.

HUKUKA MÜZİK ESTETİĞİ PENCERESİNDEN BİR BAKIŞ DENEMESİ

ÖZ

Müzik ve hukuk birlikteliği, disiplinler arası bir çalışma örneğidir. Birbirine ilk bakışta iki benzemez olarak görülebilecek müzik ve hukuk disiplinleri arasında oldukça ilginç benzerlikler bulunmaktadır. Her ikisinin de genel ve temel esaslara dayanılarak her seferinde yeniden yaratılan “anlığ” süreçlere dayanıyor olması, en önemli benzerlik noktasını oluşturmaktadır. Hukuk ve müzik ilişkisinin kurulabilmesi için temel başlangıç noktası olan estetikten yola çıkmak ve ikisinin tarihsel gelişimlerini izlemek yararlı olacaktır. Bu çalışma uzun soluklu bir çabanın ilk adımı niteliğinde öncelikle hukuk-estetik ilişkisinden başlamakta ve devamında hukuk-müzik ilişkisine genel bir bakış sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve estetik, müzik estetiği, disiplinlerarası hukuk çalışmaları, hukuk ve müzik, hukuk felsefesi

AN ATTEMPT TO LOOK AT THE LAW THROUGH THE WINDOW OF MUSIC AESTHETICS

ABSTRACT

The unity of music and law is an example of interdisciplinary work. There are fascinating similarities between the disciplines of music and law, which may seem dissimilar at first glance. The most important point of similarity is that they are both based on “instant” processes that are recreated each time based on general and fundamental principles. It would be helpful to start from aesthetics, which is the essential starting point for establishing the relationship between law and music, and to follow the historical development of the two. As the first step of a long-term effort, this study starts from the law-aesthetics relationship and then provides an overview of the law-music relationship.

Keywords: Law and aesthetics, music aesthetics, interdisciplinary legal studies, law and music, philosophy of law

GİRİŞ

“Felsefe, evreni bir bütün olarak kavramak için yapılan bir denemedir.”^[1] Disiplinler arası bakış açısı ve yöneme konu olacak kavramlar mutlaka felsefi kavramlar olmak zorunda değilse de (elbette her kavram, kavram olmakla bizzat felsefenin malzemesidir, ancak bu tartışma bu yazının konusu değildir), burada yoğunlaşılması gereken söz öbeği “evreni bir bütün olarak kavramak”tır. “Evrenin hakikati nedir?” sorusuyla yola çıkan doğa bilimleri ve “insanın hakikati nedir?” sorusuyla yola çıkan sosyal bilimler kendi yöntem ve içeriklerini oluşturarak cevapları aramışlardır. Öte yandan aşırı uzmanlaşma ve bilimsel sınırların keskinleşmesiyle evrenin gerçeğinin bir bütün olarak algılanması olanak ve olasılığından uzaklaşmıştır. Bunun sakıncasından uzaklaşmanın yolu, farklı disiplinlerin, konuları bir bütünü farklı parçalarını birbirinden bağımsız şekilde ele alarak adeta bütünü paramparça edip tanınmaz hale getirmeleri değil, o konunun bütününe farklı bakış açılarıyla bakmalarıdır^[2]. Bu sorunların aşılmasında bir imkân olarak 1930’lardan itibaren disiplinler arası sahne yerini almıştır.

Birden fazla disiplinin birbirleriyle etkileşimini ifade etmek üzere kullanılan disiplinler arası terimi, geniş bir mecrada anlam olanağı sunmaktadır. Bu perspektif, iki bakış açısının basitçe karşılaştırılması olabileceği gibi, farklı disiplinlere ait kavram, yöntem, epistemolojik kabuller gibi bir çok unsurun farklı şekillerde bir araya getirilip birlikte kullanılabilmesine karşılık gelebilir^[3]. *Georges Nicholas Timasheff* gibi bazı isimler, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra *Hans Kelsen*’in öncülük ettiği şekliyle hukukun belirli bir ulusal/uluslararası hukuk normu yorumu olarak değil de genel hukuk kuramı; hukuk politikası değil, saf hukuk bilimi olarak kavranması ve dahası psikoloji, biyoloji, teoloji ve etik’in hukuk alanından temizlenmesi gereken konular^[4] olarak kavrandığı doktrinal ortodoksluğa karşı çıkmışlardır. Bu

[1] Ernst von Aster, *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, İstanbul, İm, 2005, s.37.

[2] Zeliha Hepkon, “İletişim Bilimleri ve Kültürel Çalışmalar: Bir Disiplinin Sınırları Sorularımızın Sınırlarını Kapsayabilecek mi?”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 5, Sayı 9, 2006/1, s.20.

[3] Lisa R. Lattuca, “Learning Interdisciplinarity: Socicultural Perspectives on Academic Work”, *The Journal of Higher Education*, Cilt 73, Sayı 6, 2002, s.712.

[4] Ertuğrul Uzun, “Hukukun Saf Kuramı- Okuma Notları”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, s.53.

karşı çıkışı, hukukun gelişiminin toplumun kendisinde olduğu iddiasıyla desteklemişlerdir. Amerikan Hukuki Realizminin de bu arayışı derinleştirerek, hukukun disiplinler arasılığının yolunu açmış olduğu söylenebilir^[5].

Tüm bu gelişmeler ışığında edebiyatla hukukun ilişkisi de ilginç ve özel bir seyir izlemiş, iki disiplinin bir araya gelmesiyle yeni bir disiplinler arası akademik alan oluşmuş, Amerika ve Avrupa'da bu şekilde hatırı sayılır miktarda çalışma yapılmıştır. 1900'lerin başlarında Amerika'da *John Wigmore* ve *Benjamin Cardozo* öncülüğünde hukuk fakültesi ders programlarına edebiyat ve hukuk dersleri eklenerek “edebiyat olarak hukuk” ve “edebiyatta hukuk” şeklinde iki yaklaşımın gelişmesine olanak sağlanmıştır^[6]. Bu gelişmenin devamında, hukuk ve tiyatro/drama ve bunlarla ilişkili olarak da sinema, hukuk ve edebiyat alanının bir dalı olarak hukuk eğitiminde kendine yer bulmuştur^[7].

Hukuku “anlamak” çabası, söz konusu gelişmeler ışığında müzik ve hukuk birlikte düşünülebilir mi sorusunu da beraberinde getirmektedir. Müziğin seslerden kurulu yapısı nedeniyle bu birlikteliği “hukuk ve estetik” çalışmalarının bir alt dalı olarak düşünmek uygun olmakla birlikte, bu nitelikteki çalışmaların başlıklarında “estetik” kavramı geçse dahi tam olarak bu içeriği sağlayıp sağlamadıkları da bir tartışma konusudur. Yine de hukukla sözlü müzik ilişkisinin kurulduğu pek çok çalışma bulunmaktadır ve bu şekliyle hukuk-müzik ilişkisi, hukukun edebiyatla biraradılığına benzer şekilde kurulabilir.

Bu çalışmadaki ön kabul, gerçekliğin farklı disiplinlerin o gerçekliği sahiplenerek tek başlarına yaptıkları açıklamalara sıkıştırılmayacak olmasıdır. Gerçekliğin bütün “gerçekliğiyle” ve “gerçekliğinin” algılanabilmesi

[5] W. Douglas Vick, “Interdisciplinarity and the Discipline of Law” *Journal of Law and Society*, Cilt 31, Sayı 2, 2004, s.182.

[6] Hüseyin Öntaş, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisinin Alt Dallarından Biri Olarak: Hukuk ve Edebiyat”, *Varlık*, Sayı 1180, 2006/1, s.11.

[7] Hüseyin Öntaş, “La/a (L) Minör Çılgınlıklar Ansiklopedisi Fasikül No:1: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Alanında Alternatif Eğitim Metodları Öneren Bir Disiplin: Hukuk Ve Edebiyat Ve Tiyatro” https://www.academia.edu/398347/La_a_L_Min%C3%B6r_%C3%A7%C4%B1%C4%9Fl%C4%B1klar_Ansiklopedisi_Fasik%C3%BCI_No_1_Hukuk_Felsefesi_Ve_Sosyolojisi_Alan%C4%B1nda_Alternatif_E%C4%9Fitim_Metodlar%C4%B1_%C3%B6neren_Bir_Disiplin_Hukuk_Ve_Edebiyat_Ve_Tiyatro

için farklı yönlerden bakmak gerekir. Bunun için de disiplinlerin birbirlerinin birikimine, perspektiflerine ve yöntemlerine ihtiyacı vardır. Hukuku ilişkilendirecek farklı disiplin olarak müziğin/ müzik estetiğinin seçilmiş olması ise, öncelikle müziğin de hukukun da zamansallık niteliklerinin benzerliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin plastik sanatlarda nesne “durur”. Müzik eserin icrasında ise eserin her seferinde baştan ve kendine özgü bir biçimde yeniden ortaya çıkması söz konusudur. Elbette “estetik” ve “sanat” kavramsal olarak birlikte olmak zorunda değildirler. Bununla birlikte müzik felsefesi alanında müziğin bir sanat olup olmadığı ya da sanat olmağının niteliği ayrı bir tartışma konusudur. Ancak bizim kurmak istediğimiz ilişki bakımından bu tartışmalar konu dışı bırakılmış, hukuku anlamak için yanına getirilen disiplinlerin formülü olarak kullanılan “hukuk ve...” ilişkilerinden müzik seçilmiştir.

Çalışmanın bileşenlerinden biri müziktir ve aslında hukukla arasındaki ilişkinin kavranılabilmesi için müzikle ilgili de bir terminoloji bilgisi gerekmektedir. Ancak bu açılımın bir makale sınırları içinde yapılamayacak olması nedeniyle hukukla bağlantılı olduğu kadarıyla temel tanımlarla yetinilecektir.

İlk olarak, hukuk ve estetik bakış açısının bir araya getirildiği çalışmalara ve bu bir arada bulunuşun hangi unsurlarla gerçekleştirildiğine değinilmiştir. Ardından hukukun ve müziğin tarihsel gelişimleri içinde özellikle yazılı hale gelme süreçlerindeki eşzamanlılıklar, yapısal benzerlikler ve “gerçekleşmek” için icra edilmelerinin gerekmesi şeklindeki benzerliklere dikkat çekilmiştir.

I. GENEL OLARAK HUKUK- ESTETİK İLİŞKİSİ

Hukuk ve estetik, hukukun da estetiğin de “biricik” olanla uğraşıyor olması^[8] üzerinden birbiriyle ilişkilendirilebilir. Bazen yalnızca hukuki sembolleri/imajları düzenleme anlamında bazen yargısal ve akademik metinlerdeki epistemolojiye ya da yönetime odaklanma bazen de hukuku bizzat geniş çaplı bir estetik aktivite olarak ele alma biçiminde çalışmalar yapıldığı görülmektedir^[9]. Hukukun çeşitli aşama ve görünümündeki estetik

[8] Zehra Gönül Balkır, “Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme” *HFS A* 23, İstanbul Barosu, 2012, s.50.

[9] Jacqueline Stevens, “Legal Aesthetics of the Family and the Nation: AgoraXchange and Notes Toward ReImaging the Future” *N.Y.L. SCH. L. REV.*, Sayı 49, 2004-2005, s.319.

ögelerin incelenmesinden ziyade “hukuk ve..” başlığında, sanatın bir dalıyla ilişkilendirilmesi daha yaygındır. Hukuk ve estetik ilişkisinin, en fazla hukuk ve edebiyat alanında ürün vermesi şaşırtıcı değildir, zira hukukun temel malzemesi de metinlerdir. Örneğin, hukukun estetikle bağlantısını olarak edebiyat üzerinden kurmak suretiyle Güney Afrika’da *apartheid* rejiminden sonraki yıllarda, edebî ve hukuki tarzların birbirine benzeyip benzemediği; edebi metinlerin ve hukuki söylemin karşılıklı dönüşümünün toplumu ne şekilde etkilemiş olduğu “hukuk, estetik ve sınırdalık/eşiklik” başlığı altında incelenmiştir^[10]. Hukuk ve edebiyat bir yanda bağımsız bir çalışma alanı iken diğer yanda hukuk ve estetik ilişkisinin kurulduğu çalışmalarda da varlık göstermektedir. Öte yandan tiyatro ve sinemanın da yönteminin temelinde anlatı bulunmakta olduğu için bunlar da da hukuk ve edebiyat başlığı altında değerlendirilmektedir.

Amnon Reichman, sinemanın hukuk hakkındaki algı ve bilgiyi oluşturmak için esaslı bir yol olduğunu söylemektedir. Yazar, hukuk ve sinema söyleminin temelini hukuk ve edebiyat ya da hukuk ve anlatı çalışmaları olduğunu, metinsellik anlamında bu ilişkinin hep devam edeceğini, ancak performans ve görsellik unsurlarının bu alanı bağımsızlaştırdığını belirtmektedir^[11]. Hukukun da sinemanın da “perde arkası” olarak tanımlanabilecek sosyal alanı vardır. Her iki alan da çatışan değerleri, normatif yargılamaları konu alır ve aslında bütün insanlık durumlarıyla ilgilidir. Ancak hukuku “gösteri işinin” bir parçası olarak, sinemayı da “hukuki” bir iş olarak algılamak abartılı bir yaklaşımdır^[12]. Hukuk, yapının kısımlarını bir arada tutan iskeletin üstünü kaplayıp perde arkasındakileri saklarken; sinema hukuk icrasındaki ritüelleri ortaya serer, bu şekilde bir yanıla bu hukuki yapıyı yeniden üretir ve onun devamını sağlar^[13]. Hukukun da sinemanın da uygulamalarındaki içerikleri, mesajların aktarımı bağlamında iletişimsel; gerçekliğin ya da muhtemel gerçekliğin ifadesi bağlamında temsilidir. Bu

[10] Karin Van Marle, Steward Motha (Ed.), *Genres of Critique- Law, Aesthetics and Liminality*, Cape Town, Sun, 2013.

[11] Amnon Reichman, “The Production Of Law (And Cinema): Preliminary Comments On An Emerging Discourse” *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Cilt 17, 2008, s.464.

[12] *Ibid.*, s.485.

[13] *Ibid.*, s.468.

nedenle bu ikisi arasındaki ilişkinin hukuk ve estetik olarak değil de iki sosyal olgunun karşılıklı değerlendirilmesi şeklinde yahut hukuk- edebiyat ya da hukuk- anlatı bağlamında kurulması daha doğru olacaktır.

Pierre Schlag, Amerikan hukuku estetiğine özgüllediği yazısında, hukukun estetikle bağlantısının hangi notalarda kurulabileceğini ortaya koymuştur. *Schlag*'a göre, hukukun estetikle ilişkisi “şemacılar”, “enerjiciler” ve “perspektifçiler” olarak üç şekilde kurulabilir. Şemacılar, hukuki kavramsallaştırmalar ortaya çıkarken ve mevzuat hazırlanırken kullanılan şemanın estetik bir yönü de olduğunu söyler. Şemacılar kesip sınıflandırır ve sınırları belirlerler çünkü hukukun bağlayıcılığının sergilenmesi esastır. Bu yönüyle de burada yöntem sorununa vurgu yapılmaktadır^[14]. İkinci olarak “enerji” metaforuyla, hukuk imgesi ve estetiği ilişkilendiren *Schlag*'ın, üzerinde durduğu, bu kez değişim, ilerleme ve denge kavramlarıdır. Değer biçmek, nicelikleri ve oranları ifade etmek esastır ama hukukun asıl işlevi de sınırları belirlemek değil yarışan/karşı karşıya gelen değerleri, politikaları ve amaçları dengelemektir. Bu sürecin özelliği de statik değil dinamik olmasıdır^[15]. Uyumlaştırma, bakış açısı ve bağlam belirleme anahtar kavramları olan perspektifçiler içinse hukuk, gözlemcinin gözüdür. Hukukun yeteneği, birbirinden farklı altyapıları ortak bir zeminde bağdaştırabilmektir^[16].

Brian Butle'a göre, hukukçuların giyimleri, hukukta yemin törenleri ve duruşma ritüelleri, hukukun otoritesini görünür hale getiren estetik unsurlardır. Devletin diğer faaliyetleri, yargılama faaliyeti kadar sembolik anlamla yüklü ritüel içermemektedir. Dinle hukuk arasında bir benzerlik kurulmasının sebebi, her ikisinin de toplumda otoritenin metafizik kaynağı olarak görülmesidir^[17]. *Costas Douzinas* ve *Lynda Nead*, hukukla sanat ilişkisinin ilk defa yargıç *Holmes* tarafından kurulduğunu belirtmişlerdir: a) Hukukçuların işi metinlerledir ve hukukçular geçmişe sevgi duyarlar. Yeniliğe ve yeni dillere mesafelidirler. Sanatta ise durum böyle değil, tam tersidir. b) Sanatçı özgürdür, tutkuludur, kendi cinsiyetinin ve tarihinin etkisi

[14] Pierre Schlag, “The Aesthetics Of American Law,” *Harvard Law Review*, Vol.115, (2002): 1055.

[15] *Ibid.*, s.1070.

[16] *Ibid.*, s.1081.

[17] Brian E. Butler, “Aesthetics and American Law” *27 Legal Stud. F. 203*, 2003, s.210.

altındadır. Yargıcın ise kendi cinsiyeti, tarihi yoktur, onun yüzü maskelidir^[18]. *Douzinias* ve *Nead*, tarih boyunca sanatçının yarattığı imaj karşısında dinin ve devletin sahip olduğu korkuyla, hukuktaki çoğulcu fikir ve yorumlar karşısında duyulan tedirginliği benzetmektedirler^[19].

Richard Sherwin'in yaklaşımı ise, hukuk sisteminin yaygın şekilde görselleştiği, bunun da televizyon, filmler ve başkaca medya araçlarıyla gerçekleştiği tespiti doğrultusundadır. Buna göre artık yargılama pratikleri bir çeşit medya anlatisına dönüşmüştür. Bu durum, hukukun ve popüler kültürün basitçe birbirinin içine girmesi olmayıp, hukukun meşruiyetiyle ilgili ciddi bir aşınma anlamına gelmektedir^[20]. Toplumun kültürünün birer ürünü olan metaforlar, öyküler, artık yapay şekilde medya eliyle üretilmektedir. Bu ürünlerin için de hukuk da bulunmaktadır. Gerçek davalar kurgulaştırılarak ya da belgesel şeklinde sunulurken televizyon ve sinemada gösterilmektedir. *Sherwin*, bu şekilde üretilip belgelenen “gerçekliğin” tehlikesine dikkat çekmekte ve bunun bir ontolojik kaygı doğurduğunu söylemektedir^[21].

Karl Llewellyn, hukuk- estetik ilişkisinin kurulabilmesi için hukuki stil dönemlerinin sanatsal stil dönemlerine karşılık gelip gelmediğini sorarak işe başlamaktadır. Hukuk bir kültür ürünüdür, bu ön kabulle yargılama ve yasa koyma açısından klasik, romantik, gotik vs. dönemden bahsedilip edilemeyeceği de merak konusu olmuştur. Bu sorunun yanıtı *Llewellyn*'in hukuk yaklaşımı açısından önemlidir, zira sanata ve hukuka ait stil dönemleri arasında bir ilişki varsa bu, hukukun toplumdaki fonksiyonunu anlamamıza yardımcı olacaktır^[22]. *Llewellyn*, hukukun bir kültür ürünü olmak bakımından diğer bütün kültür ürünleriyle benzer özelliklere sahip olduğunu iddia etmiştir. Örneğin *Llewellyn*'e göre Amerikan hukuku oluşum-gelişim, uygunluk ve politikayla karakterize olan yeni evre olarak üç döneme ayrılabilir. Söz konusu bu dönemler Amerikan mimarisine de uygulanabilir niteliktedirler.

[18] Costas Douzinias, Lynda Nead, (Ed.), *Law and the Image, The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Londra, University of Chicago Press, 1999, s.3.

[19] *Ibid.*, s.5.

[20] Richard K. Sherwin, *When Law Goes Pop*, The University Of Chicago, 2000, s.5.

[21] *Ibid.*, s.9.

[22] Richard F. Wolfson, “Aesthetics In and About the Law”, *Kentucky Law Journal*, Cilt 33, 1944, s. 47.

Estetikle bağlantıyı, hukuk ile ilgisi olan güzel sanatlar ve edebiyat üzerinden değerlendiren *Llwellyn*, estetiğin bir kavramı olan güzellik ile hukukun ilgisini de şu şekilde kurmaktadır: Güzellik, estetik idealleri sınırlı izole bir olgudur ve hukuki güzelliğin temel testi fonksiyon testidir dahası hukuki estetik de fonksiyonel estetikdir^[23].

Llwellyn'e göre hukuk kelimelerle yaratılmış bir evrendir ve güzellik kavramının hukuk için önemli olmadığı kanısı yaygındır. *Llwellyn* buna alternatif bir bakış açısı sunduğu iddiasındadır^[24]. Hukuki güzellik kavramının her zaman bir fonksiyonellik testine tabi tutulduğunu, güzelliğin hukuku zenginleştirdiğini fakat hukuk için bir teferruat ya da süsleme olmaktan kurtulamadığını belirten *Llwellyn*, hukuki estetiğin bu sebeple öncelikle fonksiyonel estetik olarak arandığı tespitini yapmıştır^[25]. Hukuk sisteminin estetik yönü, mimari estetiğe, ondan da fazla müzik estetiğine benzer. *Llwellyn* için, kurallardan oluşmuş bir hukuk sistemini yüzyıllarca ayakta kalan Orta Çağ katedrallerine benzetmek çok görkemlidir. Katedralin mimari çizimleri mevcut olmasa dahi yapının kendisi (stiline ve muhafaza edilmesine dair) bir bilgi olarak ayakta durmaktadır. Benzer şekilde kurallardan oluşan bir hukuk sisteminin kendisi de stilinin bilgisini sunmaktadır^[26].

Daha önce Amerikan hukukunu üç döneme ayırdığı belirtilen *Llwellyn*, söz konusu dönemlere “stil” bağlamında açıklamalar getirmiştir^[27]. *Llwellyn*'e göre birinci dönem İngiliz hukuku resepsiyonuna, ikinci dönem bir birleştirmeye ve alınan materyalin geliştirilmesi sürecine karşılık gelir. Ona göre bu dönem otoriteren, formel ve mantıkidir^[28]. Üçüncü dönemde *Llwellyn*, serbest piyasa ekonomisinin, “bırakınız geçsinler” yaklaşımının hukuki düzenlemelerden sözleşmeye doğru giden bir süreç getirdiğini, buna

[23] *Ibid.*, s.46.

[24] Karl Llewellyn, “On The Good, The True, The Beautiful, In Law”, *University of Chicago Law Review*, Cilt 9, 1942/2, s.227.

[25] *Ibid.*, s.229.

[26] *Ibid.*, s.230.

[27] *Ibid.*, s.234.

[28] *Ibid.*, s.238.

göre artık hukukun bir kurum ya da doktrin olarak kalamayacağını ileri sürmüştür^[29].

Llewellyn'e göre hukukçuların yaptığı işin adı “hukuk uğraşları”dır. Bu bağlamda hukukçular da sanatçı değillerse de sanatçıyla teknisyen arası “zanaatçılar”dırlar^[30]. Özetle *Llewellyn*'in üçüncü dönem olarak ele aldığı modern stil, gerçekçidir. Teknolojinin gelişmesi ve uzmanlıkların artması, yargıyı bilgilendirmek üzere gerçeklikle ilgili teknik veriler ve bilirkişileri gerektirmiştir. Bu durum, hukuk zanaatçısının yaptığı işle ve ait olduğu toplumla ilişkileriyle ilgili, belirleyici, esaslı bir dönüşümdür.

II. HUKUK VE ESTETİK İLİŞKİSİNİN MÜZİK ÜZERİNDEN KURULMA YOLLARI

Hukuk eğitimi sırasında *Jellinek*'in de öğrencisi olmuş olan, müzik dünyasında geliştirdiği analiz yöntemiyle bilinen *Heinrich Schenker*, özgün yaklaşımlarında fikirlerini hukuki terimlerle ortaya koymuştur^[31]. Analiz, müziği anlamak için yapılan yorumlayıcı bir eylemdir. Bir müzik eserinin belirli bir şekilde algılanmasını önermektedir. *Schenker* analizinde bir müzik parçasının yapısal katmanlar olarak algılanması gerekir. Bu analiz, müzik parçasının bütününe temel tonal bloklar üzerine inşa edilmiş olmasına dayalı bir yöntemdir^[32]. *Schenker*, Sokratik yöntem olduğunu söylediği, soru cevap şeklinde ortaya koyduğu konu inceleme yönteminde, kompozisyona dair argümanlarını bir avukat gibi parçalarına ayırmış, nesnesine analitik olarak yaklaşmıştır. *Schenker*, müzikal yasaların tesadüfi olmadığını söylemektedir^[33].

Schenker'in yaklaşımına ilişkin olarak şu değerlendirme yapılabilir: Hocası *Jellinek*'in yaklaşımı oyların sayı değil ağırlık esasına göre değerlendirilmesi esasına dayanıyordu. Benzer şekilde *Schenker*'in evreninde de notalar,

[29] *Ibid.*, s.242.

[30] William Twining, “The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn”, *48 U. Miami L. Rev.* 119 1993, s.154.

[31] Wayne Alpern, “Music Theory as a Mode of Law: The Case of Heinrich Schenker, Esq”, *Cardozo Law Rev.* 20, 1998-1999, s.1461.

[32] Tom Panhurst, *Schenker Guide*, Routledge, NY, 2008,s.5.

[33] *Ibid.*, s.1467.

oylara benzer şekilde, niceliklerine değil niteliklerine göre değerlendirilirler. Hocasının yaptığı gibi, tonların demokrasisini kabul etmeyen *Schenker*, müzikal meritokrasi taraftarıdır. Notaların değeri frekanslarına, sürelerine göre, müzikal organizasyondaki katkılarına göre tespit edilir^[34]. *Schenker*'e göre; müziğin gelişimiyle, toplumun gelişimi aynı şekildedir. Yazara göre nasıl Alman hukuku düzen- özgürlük diyalektiğini doğal olarak sağlıyorsa, Alman müziğinde de aynı diyalektik sezgi vardır., *Schenker*'e göre *Bach*, *Haydn*, *Mozart* ve *Beethoven* müzikal özgürlüğün alanını tonal düzenin imkanları dahilinde en geniş haline taşımış olan, büyük bestecilerdir. Arap, Japon, Çin ve Yahudi müzikleri ise irrasyoneldir ve karmaşa halindedir^[35].

Modern müzik özgürlükle, toplumun değişimiyle bağlantılıdır. Tonalite artık ömrünü doldurmaktadır, bu durum hukukta bireysel hakların revaç bulması ve toplumdaki keskin hiyerarşilerin dengelenmesine benzetilebilir. İki durumda da bütünlük, bir olma hali dağılmakta, bir kişilik yitimi meydana çıkmaktadır. Müzikal dünyanın farklı ama birbirini bütünleyen bileşenleri ya da yöntemleri olan armoni ve kontrpuan arasındaki ilişkiler bozulmuştur. Her akorun özerk ve dikey varoluş sahibi kılındığı kontrpuantal bağlantılarından koparan *Jean-Philippe Rameau*^[36], “tonal düzeni armonik giyotiniyle tehdit eden müzikal Robespierre” olmuştur. *Rameau*'nun her bir akoru birbiriyle denk hale getirmek şeklinde başlattığı “müzikal demokrasi”, *Arnold Schönberg*'le^[37] her bir tona özerklik verilip atonaliteye ulaşmıştır^[38].

Manderson'a ait “Sözsüz Şarkılar” adlı eserde, hukuk ve adaletin temelinde yer alan estetik yaklaşımlar ele alınmıştır. *Manderson*'a göre; estetik zannedildiği gibi nesnel bir gerçekliğin temsili değildir. Güzellik de tanımlanabilir ve sabitlenebilir bir şey değildir. Önemli olan ve estetiğin sürecidir. Soruyu “estetik bize ne anlatır” ya da “bize ne bildirir” değil, “bunu nasıl yapar” şeklinde sormak gerekir. Sanatçıya da dinleyiciye ait olabilecek bu tecrübe imkanı, estetiğin gerekli ögesini sanatçının niyetinden bağımsızlaştırır ve

[34] *Ibid.*, s.1496.

[35] *Ibid.*, s.1506.

[36] 1683-1764 yılları arasında yaşamış Fransız besteci ve müzik teorisyeni.

[37] 1874-1951 yılları arasında yaşamış Viyanalı besteci.

[38] Alpern, *op. cit.*, s.1507.

estetik nesneye bakışa verir. Bu durumda sanat eseri de estetik için bir aracı, bir şablon haline gelir^[39].

O halde hukuki olguları algılamak için de benzer bir yaklaşım geliştirilebilir. *Gökmen Özmenteş*'in ifadesiyle “müzikal anlamın biricikliği”nden ilerlemek ve *Mihail Bahktin*'in merkezi olmayan, her seferinde yeni anlamlar içeren eylem olanaklarına işaret eden karnaval kavramına işaret etmek gerekir. Bu yaklaşım, estetiğe yeni bir bakış talep eder. Bu, fenomenolojiye ve hermenötik yaklaşımlara da yakın duran, metinlerarası okuma gerektiren ve genellemelere karşı duran bir bakıştır. *Bahktin*'in yaklaşımı, müzikal faaliyetin anlamının hem bireyden bireye değişeceğini, hem de her bireyin kendi içinde de her seferinde farklı şekilde yaratılacağını ortaya koyar. Anlamın bağlı olduğu şey, üretildiği “an”, bağlam, ilişki/etkişim olanaklarıdır^[40]. *Gadamer* de yıllık festivallerden örnek verir. Festival, her yıl aynı zamanda yeniden kutlama yapılan bir etkinliktir ama hiçbir yıl bir önceki ya da daha önceki bir şey yeniden canlandırılmaya çalışılmaz. Amaç, festivale ruhunu veren kaynağın “an”da tekrar ortaya çıkmasıdır. Sanat eserinin anlamı da benzer şekilde eserde değil insanın kendisinde bulunur. Geçmiş, şimdiki anın da bir parçasıdır. Bunu idrak etmek, insanın kendi gerçeğini ortaya çıkarmanın bir yöntemidir^[41].

Manderson, politikanın “ne yapabiliriz”, etiğin “ne yapmalıyız”, estetiğin de “neyi nasıl görmeliyiz” sorularının cevap alanı olduğunu dile getirmektedir^[42]. Buna göre estetik, bir metodoloji olarak karakterize edilebilen bir okuma yöntemidir. Yorumlayıcı yönelimle, nesnesi metin, analiz aracı dil, amacı da estetik anlamın özü nasıl biçimlendirdiğini açıklamak olan bir

[39] Desmond Manderson, *Songs Without Music, Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, 2000, s.10.

[40] Gökmen Özmenteş, “Tınsal Karnaval Bağlamında Müzikal Anlamın Biricikliği,” VI. Uluslararası Hisarlı Ahmet Sempozyumu- Müzik Dinleme ve Çalgı Performansında Ses- Tını- Algı Bileşenleri- Sempozyum Tam Metin Kitabı, Yay. Haz. Çağhan Adar, Afyonkarahisar: Matbaa-i Beka, 2015, s.259.

[41] Burhanettin Tatar, “Hans- Georg Gadamer ve ‘Hakikat ve Yöntem’ (Wahrheit und Methode) Adlı Eseri,” *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 12-13, Nisan 2001, s.277-306.

[42] Manderson, *op. cit.*, s.43.

yöntemdir^[43]. Bununla birlikte estetiğin, tasvir ediciliği yanında normatif özelliği de vardır ve bu, onun açıklamak yanın da değiştirmek gücü de olduğu anlamına gelir^[44]. Estetik yaklaşım, tolerans, empati ve farklılığa saygı gerektirir. Bu bağlamda estetik, hukukun ve toplumun önemli parçalarından bir olarak kabul edilseydi, adalete bakış, adaletle ilişki de değişebilirdi. Zira adalet, estetik benzeri bir yargıdır. Adalet de estetik de nesneyle değil süreçle teşhis edilir. Bu nesneye bağlı olmama sebebiyle de tanımlanmaları ve öğretilmeleri zordur^[45]. Hukukun estetik boyutu *Manderson*'a göre metinde gizli olan anlamın, olayların ve gerçeklerin farkına varmak, onları ortaya çıkarmak için bir beceri geliştirmek, hassasiyet kazanmakla ilgilidir. Bu bağlamda yargısal bir karar ya da hukuki düzenleme, yalnızca rasyonel fikirlerden ve hukuk dogmatiklerinden değil, estetikten ve formel etkenlerden de kaynaklanır^[46].

[43] *Ibid*, s.44.

[44] *Ibid*, s.45.

[45] *Ibid*, s.45.

[46] *Ibid*, s.52.

SONUÇ

Hukuk- estetik ilişkisi müzik üzerinden iki yaklaşım aracılığıyla kurulabilir. Bunlardan biri, ilk eğitimi hukuk olmakla birlikte mesleki kimliğini müzik teorisyenliği üzerinden kurmuş olan *Schenker*'e aittir. *Schenker*, hukuka müzikten bakmak yerine, müziğe hukuktan bakmıştır. Hukuk ve müziği birlikte ve karşılıklı şekilde okumak olanağına farklı bir bakış getiren bu yaklaşım, tarihsel süreç içinde sosyal olguların benzer şekillerde gelişmiş, evrilmiş olduğuna dair bir örnek olarak sayılabilir. Diğer yaklaşımın sahibi ise *Manderson*'dur. O, hukuku müzikal olgulardan hareketle yorumlamıştır. Bunu yaparken de sadece yapısal ve tarihi benzerlikleri ortaya koymakla yetinmemiş aynı zamanda estetik yaklaşımın bir metodolojik süreç olduğunu da belirtmiştir. *Manderson*'un estetik değerlendirmeyle ilgili teorik yaklaşımı bir başka çalışmada çok daha kapsamlı olarak ele alınmayı hak etmektedir.

Müzik ve hukuku birlikte ele alırken öncelikle her ikisi için de paradigmatik bir dönüşüm anlamı taşıyan yazılılaşma sürecine bakılmalıdır. Müzik de hukuk da hayatın içinde öncelikle pratik olarak var olmuş, sonrasında bu pratikleri akılda tutmak ve başkalarına aktarılabilmesini sağlamak amacıyla yazılı hale getirilmeye başlanmıştır. Devamında ise yazma pratiği, bu akılda tutma ve aktarma işlevini hatırlanıp aktarılabilme işlevini aşır sistematiğeleşmiş, kendi iktidarını yaratıp yeniden üretmiştir. Bu şekilde basite indirgenerek ifade edilen bu durum, müzikte armoni kurallarının ve formların egemenliği, hukukta ise farklı şekilleriyle formalizm ve pozitivizm haline gelmiştir. Melodi ve çokseslilik müzik evreni içinde -aynı zamanda politik ya da paradigmatik bir bakışla- iki cephe oluşturmaktadır. Melodi, polifonik müzikte de bulunmaktadır ama, asıl tek sesli, makamsal ya da polifonik olmayan müzik evreni içinde kurucu anlam taşımaktadır. Çok seslilik (armoni anlamında), demokrasi kavramını çağırırsa da içinden geldiği tarihi süreç ya da yapısal özellikleri dikkate alındığında tam tersi bir anlama da sahip olmuştur. Tek sesin mutlak egemenliği üzerine kurulan bunun yeniden üretildiği bir “tonal uzlaşma”, hukuk alanında otorite metaforu olarak da yorumlanabilmektedir.

Müzik ve hukuk alanlarındaki uygulama/ performans ve uygulamacı/ yargıç ikiliklerini değerlendirmek mümkündür. Son yıllarda çeşitli müzik türleri üzerinden müzik ve hukuk ilişkisi kurulduğu görülmüştür. Bu çalışmalar, müzik türleri dikkate alındığında bile (mesela hiphop veya rock müzik sözlerinden bağımsız olarak da politik ve toplumsal göstergeler olarak

değerlendirilebilir) temel olarak şarkı sözlerinin çözümlenmesi üzerinden ilerlemişlerdir. Şarkı sözleriyle ifade edilen psikolojik ya da toplumsal durumlar hukuk bağlamında değerlendirilecek olursa aslında bu, müzik üzerinden değil, edebiyat üzerinden bir ilişki kurmaktır. Sinema anlatısı nasıl hukuk ve edebiyat çalışmalarının bir değişkeni ise, müziğin şarkı sözleri üzerinden hukukla bağlantısı da hukuk ve edebiyat başlığı altında ele alınmalıdır.

Hukuk estetik ilişkisi üzerinden hukuk-müzik ilişkisi kurmaya çalışmak en basit ve en iyiniyetli haliyle bir anlama çabasına daırdır. Bir çaba olduğu unutulmamalıdır. Hukuku anlamak, örneğin adaletin güzel bir şey olduğunu bilirken onu ifade edecek bir araç bulmak, belki de onu estetik deneyimle somutlaştırmaya çalışmak; müzikteki melodi ve çoksesliliğin yahut tek sesliliğin yasayı anlamakta bir fayda sağlayıp sağlamayacağı üzerinde düşünmektir.

KAYNAKÇA

- Alpern, Wayne, “Music Theory as a Mode of Law: The Case of Heinrich Schenker, Esq.” *Cardozo Law Rev.* 20, 1998-1999, s.1459-1511.
- Aster, Ernst von, *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, İstanbul, İm, 2005.
- Balkır, Zehra Gönül, “Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme”, *HFSA 23*, İstanbul Barosu, 2012, s.44-61.
- Butler, Brian E., “Aesthetics and American Law”, *27 Legal Stud. F.* 203, 2003, s.203-220.
- Douzinias Costas, Nead Lynda (Ed.), *Law and the Image, The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Londra, University of Chicago Press, 1999.
- Hepkon, Zeliha, “İletişim Bilimleri ve Kültürel Çalışmalar: Bir Disiplinin Sınırları Sorularımızın Sınırlarını Kapsayabilecek mi?”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 5, Sayı 9*, 2006/1, s.19-27.
- Karin Van Marle, Steward Motha (Ed.), *Genres of Critique- Law, Aesthetics and Liminality*, Cape Town, Sun Press, 2013.
- Llewellyn, Karl, “On The Good, The True, The Beautiful, In Law”, *University of Chicago Law Review*, Cilt 9, 1942/2, s.224-265.
- Manderson, Desmond, *Songs Without Music, Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, 2000.
- Öntaş, Hüseyin, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisinin Alt Dallarından Biri Olarak: Hukuk ve Edebiyat”, *Varlık*, Sayı 1180, 2006/1, s.11-13.
- Öntaş, Hüseyin “La/a (L) Minör Çılgınlıklar Ansiklopedisi Fasikül No:1: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Alanında Alternatif Eğitim Metodları Öneren Bir Disiplin: Hukuk Ve Edebiyat Ve Tiyatro” https://www.academia.edu/398347/La_a_L_Min%C3%B6r_%C3%A7%C4%B1nC4%9FİnC4%B1klar_Ansiklopedisi_Fasik%C3%BCI_No_1_Hukuk_Felsefesi_Ve_Sosyolojisi_Alan%C4%B1nda_Alternatif_E%C4%9Fitim_Metodlar%C4%B1_%C3%B6neren_Bir_Disiplin_Hukuk_Ve_Edebiyat_Ve_Tiyatro
- Panhurst, Tom, *Schenker Guide*, Routledge, NY, 2008.

- Reichman, Amnon, “The Production Of Law (And Cinema): Preliminary Comments On An Emerging Discourse”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Cilt 17, 2008, s.457-506.
- Özmenteş, Gökmen, “Tınısal Karnaval Bağlamında Müzikal Anlamın Biricikliği”, *VI. Uluslararası Hisarlı Ahmet Sempozyumu- Müzik Dinleme ve Çalgı Performansında Ses- Tını- Algı Bileşenleri- Sempozyum Tam Metin Kitabı*, Yay. Haz. Çağhan Adar, Afyonkarahisar, Matbaa-i Beka, 2015, s.253-264.
- Schlag, Pierre, “The Aesthetics Of American Law”, *Harvard Law Review*, Cilt 115, 2002, s.1047-1118.
- Sherwin, Richard K., *When Law Goes Pop*, The University Of Chicago Press, 2000.
- Stevens, Jacqueline. “Legal Aesthetics of the Family and the Nation: AgoraXchange and Notes Toward ReImaging the Future”, *N.Y.L. SCH. L. REV.* 49, 2004-2005, s.317-352.
- Tatar, Burhanettin, “Hans- Georg Gadamer ve ‘Hakikat ve Yöntem’ (Wahrheit und Methode) Adlı Eseri” *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 12-13*, Nisan 200, s.277-306.
- Twining, William, “The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn”, *48 U. Miami L. Rev.* 119, 1993, s.119-158.
- Uzun, Ertuğrul, “Hukukun Saf Kuramı- Okuma Notları”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, s.52-63.
- Vick, W. Douglas, “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, *Journal of Law and Society*, Cilt 31, Sayı 2, 2004, s.163-193.
- Wolfson, Richard F., “Aesthetics In and About the Law”, *Kentucky Law Journal*, Cilt 33, 1944.

Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarına Silahlı Çatışmalar Hukukunun Uygulanması*

Zeynep ERHAN BULUT**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu çalışma, 29 Mayıs 2021 tarihinde ASOS Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda sunulan metnin geliştirilmiş, eleştiri ve yorumlar ışığında değiştirilmiş versiyonudur.

** Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Uluslararası Hukuk Ana Bilim Dalı, zeyneperhan@karatekin.edu.tr, **ORCID:** [0000-0002-5766-126X](https://orcid.org/0000-0002-5766-126X).

Makale geliş tarihi: 4 Nisan 2024 **Makale kabul tarihi:** 24 Haziran 2024

Atf önerisi: Erhan Bulut, Zeynep, "Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarına Silahlı Çatışmalar Hukukunun Uygulanması", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.447-494. **DOI:** [10.30915/abd.1464991](https://doi.org/10.30915/abd.1464991).

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BARIŞ OPERASYONLARINA SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNUN UYGULANMASI

ÖZ

Birleşmiş Milletler Barış Operasyonları Soğuk Savaş sonrası değişime uğramak suretiyle geleneksel yapısının ötesine geçmiş ve kuvvet kullanmayı zorunlu kılan bir yapıya dönüşmüştür. Bu dönüşüm, kuvvet kullanmak zorunda kalan barış güçlerinin çatışmalar hukuku ile bağlılıklarının kapsamını, hukuki statülerini ve son olarak çatışmanın tarafı olup olmayacaklarını tartışmaya açmıştır. Tartışmaların bir yansıması olarak barış gücü mensuplarının çatışma hukuku ile bağlı oldukları 6 Ağustos 1999 tarihli “Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisinde” kabul edilmiştir. Fakat bu bildiri, çatışma hukukunun barış operasyonlarına “ne zaman” ve “ne ölçüde” uygulanabileceğine net bir cevap vermemektedir. Birleşmiş Milletlerin de iştirak ettiği askerî operasyonları çatışma türüne göre kategorize etmekten kaçınması, hangi silahlı çatışmalar hukukunun uygulanacağı konusunda belirsizlik yaratmaktadır. Bu bağlamda çalışmada barış gücü mensuplarının iştirakinin çatışma türüne etki edip etmediği, uluslararası silahlı çatışma, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kapsamında incelenerek uygulanabilecek silahlı çatışma hukuku tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler: BM Barışı Koruma Operasyonları, Silahlı Çatışmalar Hukuku, Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi, Soğuk Savaş.

APPLICABILITY OF LAW OF ARMED CONFLICT TO UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS

ABSTRACT

After the Cold War, the United Nations peacekeeping operations have changed and evolved into a different structure. This new structure, in which peacekeepers had to apply use of force, went beyond traditional peacekeeping operations. The transformation of the peacekeeping operations made the international community question the commitment of peacekeepers to humanitarian law. It has been also questioned whether the peacekeepers who had to apply use of force may become party to a conflict. As a reflection of these discussions, it was accepted in the “Declaration of Observations of United Nations Forces on International Humanitarian Law” dated 6 August 1999 that peacekeepers are bound by humanitarian law. However, this declaration cannot provide a solid answer to “when” and “to what extent” humanitarian law could be applied to peace keeping operations. The United Nations is also reluctant to categorize the military operations in which it participates. This reluctance also has created an uncertainty about which humanitarian law is applicable to peacekeeping operations. In this context, this study will examine whether the participation of peacekeepers affects the type of conflict within the scope of international armed conflict and non-international armed conflict. Afterwards, the situation of being bound by humanitarian law will be examined in line with both UN declarations and humanitarian law sources.

Keywords: UN Peacekeeping Operations, Law of Armed Conflicts, Security Council, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, Cold War.

GİRİŞ

Temel amacı uluslararası barış ve güvenliğin korunması olan Birleşmiş Milletler (BM), Soğuk Savaş sonrası yeni tip güvenlik sorunları ile karşı karşıya kalmıştır. İç çatışmaların sayısının artması, soykırım suçunun yaygın bir şekilde işlenmeye başlanması, uluslararası terörizmin daha güçlü bir tehdit hâline gelmesi gibi olaylar, BM'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması konusundaki geleneksel uygulamalarının sorgulanmasına yol açmıştır. Soğuk Savaş sonrasında ortaya çıkan bu yeni tip güvenlik sorunları, BM barış operasyonlarının ne ölçüde etkili olup olmadıklarının da tartışılmasına sebep olmuştur.

Zira Soğuk Savaş sırasında BM barış operasyonları, tarafların ateşkese bağlılığını izlemek veya denetlemekle sınırlı tutulmuşken Soğuk Savaş sonrasında BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde daha zorlayıcı uygulamalara başvurulmuştur^[1].

Özellikle iç çatışmaların sayısındaki artış, barış operasyonlarını devletler arası çatışmalara müdahaleden devlet içi çatışmalara veya sivil savaş hâlinde başvurulmuş uygulamalara dönüştürmüştür^[2]. İç çatışmalarda orduların değil devlet dışı silahlı grupların karşı karşıya gelmesi ve etnik temelli çatışmaların soykırımla sonuçlanması nedeniyle BM hem geleneksel hem de geleneksel olmayan mücadele yöntemleri uygulamaya başlamıştır^[3]. BM'nin bu yeni

[1] Thomas R. Mockaitis, "From Counterinsurgency to Peace Enforcement: New Names For Old Games? Peace Operations Between War and Peace", Erwin A. Schmidl (Ed.), London/Portland, Routledge, 1999, s.42. Barışa zorlama operasyonları bölümünde açıklanacağı üzere, BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde gerçekleştirilen barış operasyonları: United Nations Protection Force in the former Yugoslavia (UNPROFOR) U.N. Doc. S/RES/807, 19 Şubat 1993, United Nations Operation in Somalia II (UNOSOM) U.N. Doc. S/RES/814, 26 Mart 1993, The United Nations Assistance Mission for Rwanda II (UNAMIR II) U.N. Doc. S/RES/912, 21 Nisan 1994, United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUSCO) U.N. Doc. S/RES/1925, 28 Mayıs 2010, The United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali (MINUSMA) U.N. Doc. S/RES/2100, 25 Nisan 2013.

[2] United Nations Peace Keeping, <https://peacekeeping.un.org/en/our-history>, (E.T. 16 Nisan 2023).

[3] Mockaitis, *op. cit.*, s.42. "Barışa Zorlama Operasyonları" başlığı altında değişen mücadele yöntemleri incelenmiştir.

ve genişletilmiş rolü, Soğuk Savaş'ın sona ermesinden bu yana uluslararası güvenliğe yönelik olarak ortaya çıkan yeni ve karmaşık zorluklara yanıt verme çabasının bir göstergesidir^[4]. Bu dönüşümün bir parçası olan barış operasyonları, geleneksel barışı koruma faaliyetlerinin ötesine geçerek kuvvet kullanımını zorunlu kılan “barışa zorlama” operasyonlarına dönüşmeye başlamıştır^[5]. Bu dönüşüm sebebiyle geleneksel barışı koruma harekâtlarının kutsal üçlüsü olarak değerlendirilen; barış gücünün tarafsızlığı, tarafların rızası, barış gücü askerlerinin ancak kendilerine karşı bir saldırı gerçekleştiğinde meşru müdafaa sınırları içinde silaha başvurabilmesi ilkeleri gevşetilmiştir^[6].

Bu üç temel ilkenin yeniden değerlendirilmesine sebep olan en önemli barış operasyonu Birleşmiş Milletler Demokratik Kongo Cumhuriyeti Çok Yönlü İstikrarı Sağlama Görevi olmuştur (United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo -MONUSCO). 28 Mayıs 2010 tarihinde BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bu misyonda görev yapan barış güçleri hem kendilerini hem de misyonu savunmak amacıyla doğrudan BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde görevlendirilmişlerdir^[7]. Geleneksel barış operasyonlarının aksine BM güçleri bu misyonda çatışmanın tarafı olan Kongo Demokratik Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri (Forces armées de la République démocratique du Congo -FARDC) ile birlikte hareket etmiştir. Barış güçlerinin taraf tutmak suretiyle silahlı mücadeleye girişmesi, BM'nin “taraf/tarafsızlık” statüsünü tartışmaya açmıştır. Geleneksel barış operasyonlarından uzaklaşarak kuvvet kullanımını da kapsayan barışa zorlama operasyonlarına karar verilmesi, barış gücünün tarafsızlık ilkesi doğrultusunda hareket etmemesi, barış gücü personelinin

[4] Michael W. Doyle and Nicholas Sambanis, “The UN Record on Peacekeeping Operations,” *International Journal*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.495.

[5] Ramesh Thakur, “From Peacekeeping to Peace Enforcement: The UN Operation In Somalia,” *The Journal of Modern African Studies*, Cilt 32, Sayı 3, 1994, s.387-410.

[6] Toygar Halistoprak, “Barışı Destekleme Operasyonları”, *Uluslararası İlişkiler Konseyi: Güvenlik Yazıları Serisi*, Sayı 5, 2019, s.5.

[7] U.N. Doc. S/RES/1925, 28 Mayıs 2010.

silahlı çatışmalar hukuku ile olan ilişkilerinin yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır^[8].

Uluslararası bir örgüt olan BM, silahlı çatışmalar düzenlemelerine taraf olmasa da tek taraflı bir bildirimle silahlı çatışmalar hukukunun gerekli olan durumlarda BM güçlerine de uygulanacağını kabul etmiştir^[9]. BM, müdahalede bulunduğu çatışmaya taraf statüsüyle katılmadığı gerekçesiyle bu kabul görüşü uzun bir süre hukuki zemine oturtmaktan imtina etmiştir^[10]. Bu nedenle barış operasyonlarına çatışma hukukunun uygulanması, silahlı çatışmalar hukukunun detaylarına girilmeden daha bağımsız bir bakış açısıyla şekillendirilmiş ve 6 Ağustos 1999 tarihinde “Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisini” yayımlanmıştır^[11].

1999 tarihli Bildiri ile BM kontrolü ve komutası altında gerçekleştirilen barış operasyonlarına silahlı çatışmalar hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, barış operasyonlarına “nasıl”, “ne zaman”, “ne ölçüde” ve “hangi” silahlı çatışma hukukunun uygulanacağı soruları cevapsız bırakılmaktadır. Bu bağlamda çalışma, öncelikle silahlı çatışmalar hukukunun barış operasyonlarına uygulanması hususundaki sorunları inceleme konusu yapacaktır. Bu kapsamda öncelikle “hangi durumlarda” silahlı çatışmalar hukukunun barış operasyonlarına uygulanabileceği tespit edilecektir; zira barışı koruma harekâtlarının sınıflandırılması, bu harekâtlara “nasıl”, “ne

[8] Bu çalışma kapsamında “insancıl hukuk” ve “silahlı çatışmalar hukuku” birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılmıştır. BM düzenlemeleri genellikle “insancıl hukuk” (humanitarian law) terimini kullanmaktadır. Bu nedenle BM düzenlemelerinden bahsedilirken “insancıl hukuk” kavramı tercih edilmiştir. İnsancıl hukuk teriminin kullanılmasının temel sebebi silahlı çatışmalar sırasında bireylerin korunmasının öneminden kaynaklanmaktadır. Çatışmalar hukuku kavramı ise savaş hukuku temelinde daha kapsayıcıdır. Bu nedenle çalışmanın diğer kısımlarında silahlı çatışmalar hukuku terimi tercih edilmiştir.

[9] Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations forces of International Humanitarian Law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

[10] Bu durumun gerekçesi “İnsancıl Hukukun BM Üzerinde Bağlayıcılığı” başlığı altında açıklanmaktadır.

[11] Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

zaman” ve “ne ölçüde” çatışma hukukunun uygulanıp uygulanamayacağını tartışmaya açmanın ön koşuludur. Bu tartışmayı takiben, çatışma türünün (uluslararası silahlı çatışma- uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma) tespiti yapılarak silahlı çatışmalar hukukunun barış operasyonlarına uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanması hâlinde ne gibi sorunların ortaya çıkacağı, yine uygulanması hâlinde barış gücü mensuplarının hukuki statüsüne nasıl etki edeceği hukuki bir zeminde incelenecektir.

Aşağıda detaylandırılacağı üzere, barış operasyonlarında BM'nin çatışmaya aktif olarak katılması halinde uluslararası silahlı çatışma hukukunun uygulanması yerinde olacaktır. Zira BM'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku ile bağlı olduğunu söylemek bu çatışma türünün hukuki sonuçları ve belirsiz alanları nedeniyle pek mümkün değildir. Bununla birlikte BM'nin aktif olarak çatışmalara katılması durumunda bile kendisine klasik veya geleneksel bir taraf statüsü atfedilemeyeceğini belirtmek gerekir. BM, şiddeti yüksek bir çatışmanın içinde olmaları hâlinde dahi silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olunacağını taraf statüsünden bağımsız olarak kabul etmektedir. Bu nedenle BM'nin barışa zorlama operasyonlarında “farklı statülü” bir taraf olacağı bu çalışma kapsamında değerlendirilmektedir.

Silahlı çatışmalar hukukunun uygulama alanının net bir şekilde tespit edilebilmesi için yalnızca BM Şartı'na veya uluslararası silahlı çatışmalar hukuku düzenlemelerine (uluslararası andlaşmalar ve insancıl örf ve adet hukuku) odaklanmak çalışmayı birçok açıdan eksik bırakacaktır. Zira barış gücü personelinin farklı kaynaklarda düzenlenmiş bulunan ayrıcalık ve bağımsızlıklarına yönelik uluslararası andlaşmalar, silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasını etkileyebilmektedir. Bu nedenle BM güçlerine yönelik olarak özellikle BM Güvenlik Konseyi kararları, 6 Ağustos 1999 tarihli “Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi” ve son olarak 1994 tarihli “Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi”^[12] analiz edilerek bu düzenlemelerin konu üzerindeki bütüncül etkilerine dikkat çekilecektir.

[12] Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Resmî Gazete ile Yayımlı: 20.1.2004 Sayı: 25352, No:5048, Kabul Tarihi: 14.1.2004. Daha detaylı bilgi için bkz. Tevfik M. Odman, “Barışı Destekleme Operasyonları,” *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s.85.

I. BARIŞ OPERASYONLARININ TÜRLERİ

Barış operasyonları için birçok farklı terim kullanılmaktadır. Bu operasyonlar, barışın korunması, çatışma sonrası barışın sağlanması, barışın yeniden inşa edilmesi, barışın devam ettirilmesi, barışa zorlama şeklinde tezahür etmektedir. Barış operasyonları savunma (*defensive*) ve saldırı (*offensive*) olmak üzere iki farklı şekilde değerlendirilmektedir^[13]. BM Genel Sekreterinin toplantı çağrısı üzerine yapılan Barış Operasyonlarını Değerlendirme Paneli'nde, barış operasyonları teriminin üç ana aktiviteyi ifade ettiği belirtilmiştir: “çatışma önleme” ve “barış yapma”; “barışı koruma” ve son olarak “barışın yeniden inşası”^[14].

BM, barış operasyonlarının, BM Şartı'nın VI. VII. ve VIII. Bölümleri çerçevesinde gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir^[15]. BM Şartı'nın VI. Bölümünde uyumsuzlukların barışçıl yollarla çözümlenmesi düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle uluslararası barış ve güvenliği tehdit edecek boyutta uyumsuzluk yaşayan tarafların, BM tarafından barışçıl yollarla uzlaştırılması bu bölümün temel amacıdır. Bu uzlaştırma yöntemleri öncelikle taraflarla görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları şeklinde ortaya çıkmaktadır^[16].

VII. Bölüm ise barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi durumunda alınacak önlemleri düzenlemektedir. Bu bölüm kapsamında BM Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunabilir. Bu girişimlerin sonuç vermemesi hâlinde BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 41. maddesi çerçevesinde silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemler alabilir. 41. madde çerçevesinde alınan önlemlerin de sonuç vermemesi halinde ise BM Şartı'nın 42. maddesi

[13] Peter F. Chapman, “Ensuring respect: United Nations Compliance With International Humanitarian Law,” *Human Rights Brief*, Cilt 17, Sayı 1, 2009, s.2.

[14] United Nations, General Assembly, Security Council, ‘Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects’, 21 Ağustos 2000, para.10.

[15] United Nations, Mandates and Legal Basis For Peacekeeping, Mandates and the legal basis for peacekeeping | United Nations Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/mandates-and-legal-basis-peacekeeping>, (E.T. 22 Nisan 2023).

[16] BM Şartı, Md. 33.

doğrultusunda kuvvet kullanma kararı alabilir.^[17] Barış Operasyonlarını Değerlendirme Paneli'nde, BM Şartı'na referans verilme suretiyle BM barış gücünün tarafsız olduğu bu nedenle BM'nin savaş açmayacağı, meşru müdafaa dışında kuvvet kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda ise bunun ancak VII. Bölüm kapsamında BM Güvenlik Konseyi kararı ile yapılabileceğinin vurgusu yapılmıştır^[18].

VIII. Bölümde ise yerel uyuşmazlıkların BM teşviki ile ve bölgesel örgütler vasıtasıyla barışçıl yollardan çözülmesi düzenlenmiştir. Bu kapsamda VIII. Bölümün de barış operasyonlarına hukuki zemin sağlayabileceği kabul edilmektedir^[19]. BM Şartı'nın 52. maddesinde ifade edildiği üzere BM Şartı'nın hiçbir hükmü, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına hizmet eden bölgesel anlaşmalar ve örgütlerin varlığına engel değildir. Bu mekanizmalar sayesinde yerel uyuşmazlıklar, BM Güvenlik Konseyi'ne sunulmadan barışçıl yollarla çözülmeye çalışılacaktır. BM Güvenlik Konseyi bu yönde gelişmeleri teşvik etmekle yükümlüdür. 53. maddede ise zorlayıcı uygulamalara referans vererek “*Güvenlik Konseyi, gerekirse kendi yetkisi altında alınan zorlayıcı önlemlerin uygulanması için bölgesel anlaşma ya da kuruluşlardan yararlanır. Bununla birlikte Güvenlik Konseyinin izni olmaksızın bölgesel anlaşmalar uyarınca ya da bölgesel kuruluşlar tarafından hiçbir zorlama eylemine girilmeyecektir*” denmektedir.

Hukuki zeminin bu kapsamda açıklanması silahlı çatışmalar hukukunun uygulanıp uygulanamayacağına yönelik soruları cevapsız bırakmaktadır. Silahlı çatışmalar hukukunun uygulama alanı bulup bulamayacağının aydınlığa kavuşturulması için barış operasyonu türlerinin (“barış yapma”, “barışın

[17] BM Şartı 42. madde: “Güvenlik Konseyi, 41. Maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerine yapılacak başka operasyonları içerebilir.”

[18] United Nations, General Assembly, Security Council, ‘Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects’, 21 Ağustos 2000, para.10.

[19] United Nations, Mandates and Legal Basis for Peacekeeping, Mandates and the Legal Basis for Peacekeeping United Nations Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/mandates-and-legal-basis-peacekeeping> (E.T. 22 Nisan 2023)

yeniden inşası”, “barışa zorlama”) açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu terimler arasındaki ayırım, gerçekleştirilen barış operasyonlarının karmaşık yapısından dolayı ortadan kalkabilmektedir. Bu nedenle hem barış operasyonlarının tek bir kategoriye uyduğunu^[20] hem de operasyonların BM Şartı çerçevesinde hukuki zemininin net olduğunu söylemek oldukça güçtür^[21]. Başka bir ifade ile BM barış operasyonlarını tek başına VI. Bölüm veya VII. Bölüm çerçevesinde konumlandırmak pek mümkün gözükmemektedir. Zira günümüz barış operasyonları barışçıl çözümlerin askerî zorlamalarla desteklenmesi şeklinde tezahür etmektedir. Bu nedenle barış operasyonları, BM eski Genel Sekreteri Dag Hammarskjöld tarafından BM Şartı’nda henüz yer almayan “Bölüm 6,5” olarak nitelendirilmektedir^[22].

A) BARIŞ YAPMA

“Barış yapma” operasyonunun çatışma sonrası tarafların uzlaştırılması odaklı diplomatik bir süreç olduğunu söylemek mümkündür^[23]. Barışçıl çözüm yöntemlerini bağlayıcı olmayan siyasal yollar (görüşme, soruşturma, arabuluculuk) ve bağlayıcı olan yargı yolları (hakemlik ve yargısal çözüm yolları) olarak ikiye ayrılmaktadır^[24]. Her ne kadar VI. Bölüm birçok yöntemi kapsıyor olsa da barış yapma sürecinde ön plana çıkan ve daha çok başvurulan yöntemlerin “müzakere” ve “arabuluculuk” olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

“Görüşme” ile uyuşmazlığın çözümünde yalnızca taraflar yer almaktadır. Başka bir ifade ile üçüncü bir tarafın desteği veya müdahalesi söz konusu

[20] Chapman, *op. cit.*, s.2.

[21] Contemporary issues in UN Peacekeeping and International Law, Briefing Paper, Eylül 2010, University of Essex, 3. Sheeran P. Scott, “Contemporary Issues in UN Peacekeeping and International Law”, *Colchester, Unpublished Briefing Paper*, Sayı, 1, 2010.

[22] Geraint Hughes, “Blessed are the Peacekeepers?,” *The Commonwealth Journal of International Affairs*, Cilt 106, Sayı 4, 2017, s.365.

[23] Hasan Duran, “Birleşmiş Milletler ve Müdahale,” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2001, s.135.

[24] Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, 2017, s.425.

değildir^[25]. Pazarcı'nın da ifade ettiği üzere, görüşme yalnızca taraflar arasında gerçekleşen bir uygulama olsa da bazı durumlarda üçüncü taraf veya taraflar da görüşmeye “gözlemci” olarak katılabilmektedir^[26]. Görüşme açısından en önemli hususlardan biri sonucun çözüm odaklı olmasıdır. Bu kapsamda Uluslararası Adalet Divanı (UAD) da “Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davasında”, “anamlı görüşme” ibaresini kullanmak suretiyle biçimsel olarak bir araya gelmekten ziyade anlaşmaya varma odaklı görüşülmesi gerektiğine vurgu yapmıştır^[27]. Zira çatışan taraflar arasında siyasi uzlaşmanın sağlanması istikrarlı bir barış için elzemdir.

“Soruşturmada” ise uluslararası bir komisyon kurulmakta ve taraflar uyuşmazlık konusundaki iddia ve savunmalarını bu komisyona ileterek barışçıl bir çözüm hedeflemektedirler^[28]. “Arabuluculuk” yönteminde ise uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü bir aktörün müdahalesi söz konusudur. Bu üçüncü aktör; devlet, uluslararası bir örgüt veya uluslararası tanınırlığı ve güvenilirliği olan bir birey olabilmektedir^[29]. Arabulucu, çözümün sağlanması konusunda yalnızca önerilerde bulunabilir. Ancak arabulucu tarafından verilen bu tavsiyelerin bağlayıcılığı bulunmamaktadır^[30]. Bu nedenle taraflar çözüm önerilerini kabul etmezse çözüm sağlanmadan arabuluculuk son bulabilir.

“Uzlaştırma” yönteminde de soruşturmaya benzer şekilde diplomat ve hukukçulardan oluşan bir komisyon kurulmaktadır^[31]. Komisyon, çözüm için gerekli olan incelemeleri tamamlamak adına, şahit dinlemek de dâhil

[25] Hasan Duran, “Birleşmiş Milletler ve Barışın Korunması,” *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2002, s.127.

[26] Pazarcı, *op. cit.*, s.425.

[27] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports, 1969.

[28] Bora Akince, “Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz” *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2021, s.102.

[29] Duran, *op. cit.*, 2002, s.127.

[30] *Ibid.*, s.127.

[31] Johansen S.Tiller, *Defending the UN Agenda: The Peace Effort of the Palestine Conciliation Commission, 1949-1951*, MA thesis, Department of Archaeology, Conservation and History, University of Oslo, 2009, s.3.

her türlü hukuki işlemi yapabilir. Ancak yine verilen kararın bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Barışçıl çözüm yolları, son kararın devlete bırakıldığı yargı dışı yollar (siyasal yollar) ve yargısal yöntemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır^[32]. Bağlayıcılıkları olmayan bu siyasal yöntemler, bağlayıcı nitelikte olan “hakemlik ve hukuki girişimlerden” farklıdır. Zira yargısal yöntemlerde verilen kararlar taraflar açısından bağlayıcıdır. İlk yöntemde, taraflar uyuşmazlığı kendi rızaları ile hakem ve hakem mahkemesine taşımaktadır. Hukuki girişimde ise uyuşmazlık tarafları çözüm için Uluslararası Adalet Divanına başvurabilecekleri gibi, bölgesel kuruluşlara da başvurabilirler^[33].

Yukarıda kısaca açıklanan barışçıl çözüm yolları bakımından silahlı çatışma hukukunun uygulanması mümkün gözükmemektedir çünkü bu yöntemler askerî kuvvet kullanımı içermeyen diplomatik ve hukuki çabalardır. Bu yöntemlerin daha çok “pasif gözleme dayalı” yöntemler olduğunu söylemek mümkündür zira çatışma açısından aktif bir rol mevcut değildir. Bu bağlamda konumuz açısından temel sorunu oluşturan, barışçıl çözüm yolları değil “barışa zorlama” operasyonlarıdır.

B) BARIŞIN YENİDEN İNŞASI

Bu bölüm açısından incelenmesi gereken diğer bir barış operasyonu türü de “barışın yeniden inşasıdır”. Bilindiği üzere Soğuk Savaş’ın sona ermesi farklı devletlerde farklı sonuçlar doğurmuştur. Bazı devletlerde çatışma ortamı yaratırken bazılarında ise çatışma sonrası barış sürecine geçiş vuku bulmuştur^[34]. Barışın inşası da çatışma sonrası taraflar arasında güvenin yeniden inşasını ve çatışmanın yenilenmesini önleme amacını taşımaktadır^[35]. Barışın yeniden inşasına yönelik operasyonlar çok yönlü ve çok amaçlı operasyonlardır. Bu bağlamda diğer operasyonlara kıyasla sivil aktörlerin

[32] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 425.

[33] Pazarıcı, *op. cit.*, s. 431-432.

[34] Michelle I. Gawerc, “Peace-Building: Theoretical and Concrete Perspectives,” *A Journal of Peace Research*, Cilt 31, Sayı 4, 2006, s.436.

[35] Wendy Lambourne, “Post-Conflict Peacebuilding: Meeting Human Needs for Justice and Reconciliation,” *Journal of Peace, Conflict and Development*, Cilt 31, 2000, s.3.

daha aktif olduğu operasyon türleridir^[36]. Sivil aktörlerin yanında devletler, uluslararası örgütler, sivil toplum örgütleri de bu çok amaçlı operasyonların bir parçasını oluştururlar^[37].

Temel amacı güvenin yeniden inşası olan bu operasyonlar, çatışmadan dolayı travma yaşamış olan toplumun rehabilite edilmesi de dâhil olmak üzere, geçiş dönemi adaleti^[38] (*transitional justice*), hakikat komisyonlarının^[39] kurulması gibi birçok eylemi içinde barındırabilir^[40]. Genel itibarıyla bu operasyonlar “militanların silahsızlandırılması, tasfiye edilmeleri, radikalleşmiş grupların topluma yeniden kazandırılması” gibi aktiviteleri de içerir^[41]. Yine çatışmanın temelindeki sebepler irdelenerek kimlik çatışmasının, sosyal ve kültürel sebeplerin veya ekonomik sebeplerin iyileştirilmesi amacıyla çalışmalar yapılır^[42]. Bu operasyonların da yumuşak güce dayalı diplomatik operasyonlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu operasyonlar çatışma bittikten sonra yapılabileceği gibi, çatışma sonlanmadan da yapılabilir. Bu bağlamda silahlı çatışmalar hukukunun bu tür operasyonlarda da uygulanması yüksek ihtimal dâhilindedir.

[36] Naomi Weinberger, “Civil-Military Coordination in Peacebuilding. The Challenge in Afghanistan,” *Journal of International Affairs*, Cilt 55, Sayı 2, 2002, s.262.

[37] Halistoprak, *op. cit.*, s.4.

[38] Daha detaylı bilgi için bkz. Serdar Güleler, “Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış,” *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 32, 2012.

[39] Detaylı bilgi için bkz. Volkan Maviş, “Yapıcı Adalet Yaklaşımı Olarak Hakikat Komisyonları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 2, 2016.

[40] Julia Leib and Samantha Ruppel, “The Dance of Peace and Justice: Local Perceptions of International Peacebuilding in West Africa,” *International Peacekeeping*, Cilt 28, Sayı 5, 2021, s.798.

[41] Halistoprak, *op. cit.*, s.4.

[42] Duran, *op. cit.*, 2002, s.140.

C) BARIŞA ZORLAMA OPERASYONLARI

Geleneksel anlamda “barışı koruma” operasyonları, BM Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan ve çatışmanın taraflarının rızası ile gerçekleştirilen, çatışmanın tarafı olmadıkları gibi çatışmanın tarafı olan herhangi bir tarafı da desteklemeyen^[43] askeri operasyonlardır. Ancak yine de misyonun geleneksel barışı koruma (*traditional peacekeeping*) mı yoksa BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde gerçekleştirilen muharebe misyonu (*combat mission*) mu olup olmadığının aydınlatılması gerekmektedir. Bu bağlamda incelenmesi gereken öncelikli husus, operasyonun BM’nin VII. Bölüm kapsamında yetkilendirmesi üzerine ve BM’nin “denetim ve komutası altında” gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Aşağıda detaylandırılacağı üzere VII. Bölüm doğrultusunda alınan kararlar uygulanan barışa zorlama operasyonları ile barışı kurma operasyonları konusunda ayırım yapılmakta ve barışa zorlama operasyonları BM’nin katıldığı silahlı çatışma olarak kabul edilmektedir. Zira VII. Bölüm altında alınan kararlarda “muharebe misyonunun” uygulanması gerektiği genel olarak kabul gören bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

VII. Bölüm çerçevesinde gerçekleştirilen barış operasyonlarının sayısı Soğuk Savaş sonrası ciddi bir artış göstermiştir. Bu durumun en önemli sebepleri iç çatışmaların sayısındaki artış ve özellikle Somali, Ruanda ve Bosna-Hersek’te görevlendirilen barış güçlerinin sivil halka karşı gerçekleştirilen insan hakkı ve insancıl hukuk ihlallerine seyirci kaldıkları iddialarıdır^[44]. Bu operasyonlardaki başarısızlıklar nedeniyle barış operasyonlarının temelini oluşturan tarafsızlık, yalnızca meşru müdafaa sınırları içinde kuvvete başvurulabilme, ev sahibi devletin rızası ilkeleri, barış gücü personelinin yetkilerini daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir^[45]. Bu eleştiriler nedeniyle BM proaktif

[43] Karşı görüşler için bkz. Lilly Damian, “The United Nations as a party to armed conflict: the Intervention Brigade of MONUSCO in the Democratic Republic of Congo (DRC)”, *Journal of International Peacekeeping*, Cilt 20, Sayı 3-4, 2016, s.313-341.

[44] Alexandra Gombar, *Protecting the Peace Without Protecting Civilians: The UN Capstone Doctrine and the Prevention of Genocide*, North Carolina: Chapel Hill, 2016. Jan Nederveen Pieterse, “Sociology of Humanitarian Intervention: Bosnia, Rwanda and Somalia Compared”, *International Political Science Review*, Cilt 18, Sayı 1, 1994, s.71-93. Phil Orchard, “Revisiting Humanitarian Safe Areas for Civilian Protection”, *Global Governance*, Cilt 20, 2014, s.55-75.

[45] Pieterse, *op. cit.*, s.71-93; Orchard, *op. cit.*, s.55-75.

politikalar geliştirmeye başlamış ve Soğuk Savaş sonrası gerçekleştirilen barış operasyonlarında başlangıç misyonunun genişleterek savunma amaçlı zorlayıcı önlemler almaya başlamıştır.

BM Güvenlik Konseyi 21 Şubat 1992 tarihinde, Eski Yugoslavya için UNPROFOR'u (United Nations Protection Force in the former Yugoslavia) kurmuştur. Misyonun amacı, krizin çözümü için gerekli olan barış ve güvenlik koşullarının yaratılmasıdır^[46]. BM Güvenlik Konseyi 14 Eylül 1992 tarihinde, 776 sayılı Kararı ile Bosna-Hersek'teki UNPROFOR'un yetkilerini insani yardımların teslimini kolaylaştırmak amacıyla değiştirmiştir^[47]. 19 Şubat 1993 tarihinde alınan 807 sayılı Karar ile ise UNPROFOR'un yetkilerini VII. Bölümü kapsayacak şekilde genişletmiştir^[48]. 807 sayılı Karar, BM Şartı'nın VII. Bölümüne ilk defa açık atıf yapması nedeniyle bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir^[49]. Krizin daha da tırmanması ve özellikle BM barış gücü askerlerinin Sırp tarafı tarafından rehin alınması nedeniyle BM Güvenlik Konseyi 998 sayılı Kararı almış ve silahlandırılmış "Acil Müdahale Birliği"ni kurmuştur^[50]. 16 Haziran 1995 yılında kurulan "Acil Müdahale Birliği" hem UNPROFOR'un misyonunu gerçekleştirmesine ve hem de barış güçlerinin korunmasına hizmet etmektedir^[51].

24 Nisan 1992 tarihli Somali için UNOSOM I (United Nations Operation in Somalia) kurulmuştur^[52]. Somali için ilk barış gücünün gönderilmesinin sebebi ateşkesin gözlenmesi ve Mogadishu'ya gönderilen insani yardımların yerine ulaşmasını sağlamaktı^[53] ancak 1992 yılının sonuna doğru BM Güvenlik Konseyi VII. Bölüm çerçevesinde karar vererek insani krizin

[46] U.N. Doc. S/RES/743, 21 Şubat 1993.

[47] U.N. Doc. S/RES/776, 14 Eylül 1992.

[48] U.N. Doc. S/RES/807, 19 Şubat 1993.

[49] U.N. Doc. S/RES/807, 19 Şubat 1993.

[50] U.N. Doc. S/RES/998, 16 Haziran 1995.

[51] U.N. Doc. S/RES/998 16 Haziran 1995.

[52] U.N. Doc. S/RES/751, 24 Nisan 1992.

[53] U.N. Doc. S/RES/775, 28 Ağustos 1992.

önlenmesi için her türlü yola başvurulabileceğini kabul etmiştir^[54]. 3 Aralık 1992 tarihli 794 sayılı Karar ile BM Güvenlik Konseyi, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) liderliğindeki UNITAF'ı (the Unified Task Force, Birleşik Eylem Gücü) kurmuştur^[55]. UNITAF'ın temel görevi insani yardımların ve gıda malzemelerinin güvenli bir şekilde ulaştırılması ve dağıtılmasını sağlamaktır^[56]. Ancak BM, INITAF'a çatışmacı grupları silahsızlandırmak konusunda da baskı yapmıştır^[57]. UNITAF “muharebe gücüne” sahip olması nedeniyle barış operasyonları tarihinde bir ilktir^[58]. UNITAF'ın geri çekilmeye başlaması ve UNOSOM I'in zorlama yetkisi olmaksızın misyonunu tamamlayacağı sonucuna varan BM Güvenlik Konseyi, 26 Mart 1993 tarihinde bir dizi askeri görev yüklediği UNOSOM II'yi kurmuştur^[59]. UNOSOM II'ye şiddetin yeniden başlamasını engelleme, gayri resmî silahlara el koyma, sivil toplum kuruluşlarına ait alan ve malzemeleri koruma, ağır silahların kontrolü gibi yetkiler verilmiştir^[60].

5 Ekim 1993 tarihinde BM Güvenlik Konseyi Ruanda da barışa katkı sağlamak amacıyla UNAMIR I'i (The United Nations Assistance Mission for Rwanda) kurmuştur^[61]. Diğer örneklerde olduğu gibi UNAMIR I'in yetkilerini UNAMIR II'yi kurmak suretiyle genişletmiştir^[62]. UNAMIR II

[54] U.N. Doc. S/RES/775, 28 Ağustos 1992.

[55] U.N. Doc. S/RES/794, 3 Aralık 1992.

[56] U.N. Doc. S/RES/794, 3 Aralık 1992.

[57] Kenneth Allard, *Somalia Operations: Lessons Learned*, National Defense University Press, Washington DC, 1995, <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/ADA286816.pdf> (E.T. 22 Nisan 2023).

[58] Somali örneğinde BM, kuvvetlerin komutasını ve denetimini katılan devlet Amerika Birleşik Devletlerine bırakmıştır. Bu kapsamda UNITAF'ın komuta ve denetimi Amerika Birleşik Devletleri'ndedir. Ancak hareket BM adına yapılmaktadır. Bu nedenle BM'nin insancıl hukuk kurallarına uyulması konusunda sorumluluk sahibi olup olmadığı tartışmalıdır. Pazarcı, *op. cit.*, s.675.

[59] U.N. Doc. S/RES/814, 26 Mart 1993.

[60] U.N. Doc. S/RES/814, 26 Mart 1993.

[61] U.N. Doc. S/RES/872, 5 Ekim 1993.

[62] U.N. Doc. S/RES/912, 21 Nisan 1994.

ile BM barış gücüne, özellikle korunan bölgeleri ve sivilleri, BM persone-
lini, insani yardım teslimatı ve dağıtımını yapan araçları ve kişileri korumak
amacıyla savunma yapma yetkisi verilmiştir^[63]. BM Güvenlik Konseyi Eski
Yugoslavya ve Somali’de olduğu gibi misyonun yetkisini kuvvet kullanmayı
da içerecek şekilde genişletmiş ve 929 sayılı Karar ile Fransa liderliğinde
“Operation Turquoise”ı oluşturmuştur^[64]. BM Güvenlik Konseyi, 929 sayılı
Kararı ile özellikle öldürülen sivil sayısına dikkat çekmiş ve VII. Bölüm
kapsamında “Operation Turquoise”ın yerinden edilmiş kişileri, mültecileri,
güvende olmayan sivilleri korumak amacıyla her türlü önlemi alabileceğine
karar vermiştir^[65].

Her üç operasyonda da zorlayıcı önlemler alınmasına rağmen yüzlerce
sivilin öldürülmesine engel olunamamıştır^[66]. Özellikle Bosna-Hersek’te
yüzlerce sivilin barış gücü personelinin önünde öldürülmesi, BM barış
personelinin yetkilerinin genişletilmesi gerekliliğini tartışmaya açmıştır.
2000 yılında düzenlenen BM Barış Operasyonları Raporu (Report of the
Panel on United Nations Peace Operations) diğer adıyla Brahimi Raporu
ile BM’nin, barış operasyonlarında reforma gitmesi ahlaki bir zorunluluk
olarak kabul edilmiştir^[67].

Brahimi Raporu ile BM güçlerinin tarafsızlığı ve kuvvet kullanma konu-
sundaki yetkilerinin sınırları geleneksel anlamının ötesinde yorumlanmıştır.
Rapora göre tarafsızlık, her durumda ve her zaman tüm taraflara eşit dav-
ranmak veya aynı mesafede durmak anlamına gelmemelidir^[68]. Bu yönde
bir tarafsızlık, gerçekleştirilen ihlallere seyirci kalınması ile sonuçlanabilmek-

[63] U.N. Doc. S/RES/912, 21 Nisan 1994.

[64] U.N. Doc. S/RES/929, 22 Haziran 1994.

[65] U.N. Doc. S/RES/929, 22 Haziran 1994. Güvenlik Konseyi 929 sayılı bu Kararında
barış gücünün tarafsız kalması gerektiğine özellikle vurgu yapmıştır.

[66] James Sloan, “The Use of Offensive Force in UN Peacekeeping: A Cycle of Boom
and Bust”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Cilt 30, Sayı 3,
2006, s.385.

[67] Report of the Panel on United Nations Peace Operations, A/55/305-S/2000/809,
21 Ağustos 2000, Brahimi Report, [https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/
a_55_305_e_brahimi_report.pdf](https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/a_55_305_e_brahimi_report.pdf). (E.T. 7 Ocak 2024).

[68] Brahimi Report.

tedir.^[69] Buna göre barış gücü, “çatışmanın taraflarıyla ilişkilerinde tarafsız olmalı, ancak görevlerini yerine getirirken tarafsız olmamalıdır”^[70]. Barış sürecinin yürütülmesi sırasında veya sonrasında taahhütlerini ihlal eden taraflara ise BM’nin yaptırımları katı olmalıdır^[71].

Kuvvet kullanma ve tarafsızlık konusunda getirilen bu yeni bakış açısının örgütün operasyonlarına da yansıdığı söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin MONUSCO doğrudan BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde görevlendirilmiş kuvvet kullanma bakımından oldukça geniş yetkilerle donatılmış bir misyondur^[72]. Özellikle sivillerin korunması bakımından MONUSCO’nun her türlü önlemi alabileceği 1925 sayılı Kararla açıkça kabul edilmektedir^[73].

MONUSCO kapsamında görevlendirilen “Müdahale Birliği” (Intervention Brigade) ile BM güçleri açıkça çatışan taraflardan birinin yanında yer almış ve “tarafsızlık ilkesi” bakımından fiili bir reform gerçekleştirilmiştir. 2013 yılında, 2098 sayılı Kararla kurulan Müdahale Birliği, “hedefe yönelik saldırı operasyonları gerçekleştirmek [...] tüm silahlı grupların genişlemesini önlemek, bu grupları etkisiz hale getirmek ve silahsızlandırmak” gibi yetkilerle donatılmışlardır^[74]. Intervention Brigade, operasyonlarını kendisi yapabileceği gibi Kongo Demokratik Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri ile birlikte yapmak yetkisine de sahiptir^[75]. Bu operasyonla BM, çatışmanın tarafı olan Kongo Demokratik Cumhuriyeti ile birlikte hareket ederek çatışmanın tartışmalı da olsa tarafı haline gelmiş ve isyancı güçlere karşı zorlayıcı önlemler almıştır. Bu nedenlerle Intervention Brigade *sui-generis*

[69] Ruanda başarısızlığına dikkat çeken rapor, eşit olmayanlar arasında ve özellikle sivillerin korunması kapsamında kuvvet kullanmanın ahlaki bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır. Brahimi Report.

[70] Brahimi Report.

[71] Brahimi Report.

[72] U.N. Doc. S/RES/1925, 28 Mayıs 2010.

[73] U.N. Doc. S/RES/1925, 28 Mayıs 2010.

[74] U.N. Doc. S/RES/2098, 28 Mart 2013.

[75] United Nations Security Council, Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great Lakes region, 27 Şubat 2013, para. 61.

bir örnektir. Zira 2098 sayılı Karar kapsamında barış gücünün bağımsız bir üçüncü taraf olarak hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.

Intervention Brigade, barış güçleri bakımından güç kullanımını meşru savunmanın ötesinde, özellikle misyonun yerine getirilmesi veya görevin savunulması bakımından meşru kılmaktadır. Buna göre meşru savunma ilkesinin kapsamı, “misyonun savunmasını” da içerecek şekilde genişletilmiş olmaktadır^[76]. İkinci olarak Intervention Brigade, barış operasyonlarının askeri yönünün ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Son olarak Intervention Brigade ile barış güçleri çatışan taraflardan birinin yanında doğrudan yer alarak “tarafsızlık” ilkesini tartışmaya açmıştır. Bu üç durum silahlı çatışmalar hukukunun barış operasyonlarına uygulanmasını zorunluluk haline getirmektedir. Ancak silahlı çatışmalar hukukunun “hangi düzenlemelerinin” barış operasyonlarına uygulanacağı belirsizliklerin bir parçasıdır.

Buradan hareketle sonraki bölümlerde; BM’nin ve barış güçlerinin hukuki statüsü incelenecektir. Başka bir ifade ile BM’ye taraf statüsü atfedilecek midir veya barış güçlerine savaştan statüsü verilecek midir? Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise BM’nin barışa zorlama operasyonlarında çatışma türünün hangisi olacağıdır. Barış güçleri, uluslararası silahlı çatışma-uluslararasılaşmış silahlı çatışma hukuku mu yoksa uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku ile mi bağlı olacaktır? Veya BM’nin müdahalesi silahlı çatışma türüne etki etmeyecek midir? Bu soruların cevaplanması, konunun açıklığa kavuşturulması açısından önem arz etmektedir.

II. SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNUN BM ÜZERİNDE BAĞLAYICILIĞI VE BM’NİN TARAF STATÜSÜ

Silahlı çatışmalar hukuku, hem 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinden hem de uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından oluşmaktadır. Bu bakımdan BM’nin silahlı çatışmalar hukuku ile bağlılığı hem uluslararası anlaşmalar hem de örf ve adet hukuku bakımından incelenmelidir. Anlaşmalar hukuku bakımından dikkat çekilmesi gereken en önemli husus BM’nin silahlı çatışmalar hukuku sözleşmelerine taraf olup olmadığı ve bunun gerekçeleridir. Uluslararası örgütler, uluslararası ilişkilerin

[76] Sloan, *op. cit.*, s.385.

dolaylı sujesi olup devletler gibi asli suje değildirler^[77]. Bu nedenle uluslararası örgüt olan BM'nin, devletlerden farklı olarak uluslararası andlaşmalara taraf olabilme yetkisi değerlendirilmelidir.

UAD “Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini Davası” danışma görüşünde: “Uluslararası örgütler, uluslararası hukuk kişisidir ve böylece uluslararası haklara ve yükümlülüklerle kendilerini kuran kurucu andlaşmada belirtilen amaçlarla sınırlı olarak sahiptir”^[78]. Divan kararında, BM'nin ancak uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması halinde görev ve amaçlarını yerine getirebileceğini kabul etmektedir^[79]. Ancak uluslararası örgütlerin kişiliği, “amaçları” ve “kurucu devletlerin verdiği yetkiler” ile sınırlıdır^[80]. Bu nedenle uluslararası örgütler “görevsel” veya “işlevsel” (functional) bir uluslararası kişiliğe sahiptir^[81]. Uluslararası örgütlerin uluslararası kişiliği bu yönleriyle devletlerin uluslararası kişiliğinden ayrılmaktadır. Divan da bu hususa dikkat çekmektedir: “Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine sahip olması onların hak ve yükümlülük bakımından devletle eş durumda olduğu anlamına gelmez”^[82]. Bu hüküm özellikle uluslararası andlaşmalardan doğan “hak” ve “yükümlülüklerin” ihlali halinde uluslararası örgütlerin “sorumluluklarının” devletlerden farklı işleyeceğini de göstermektedir.

UAD, BM'nin uluslararası andlaşmaları imzalama yetkisinin olduğunu da kabul etmektedir^[83]. Ancak BM silahlı çatışmalar hukuku sözleşmelerine taraf olmamış, tek taraflı bildirimle “uluslararası insancıl hukukun ruhunun”

[77] Daha fazla bilgi için bkz. Pazarıcı, *op. cit.*, s. 142. Bu durumun temel sebebi uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarla belirlenmiş sınırlı bir kişiliklerinin olmasıdır.

[78] Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ, 11 Nisan 1949.

[79] Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion.

[80] Pazarıcı, *op. cit.*, s. 143.

[81] Pazarıcı, *op. cit.*, s. 143.

[82] Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion.

[83] Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion.

silahlı çatışma boyutuna varan barış operasyonlarında uygulanacağını kabul etmiştir^[84]. Barış operasyonlarında BM'nin uluslararası toplumu temsilen hareket ettiği bu nedenle Cenevre Sözleşmelerinde bahsedilen “taraf” veya “güç” tanımlamalarının örgüt için kullanılmayacağı kabul edilmektedir.^[85] Bu kapsamda BM'nin silahlı çatışmalar hukuku düzenlemelerine taraf olmasını beklemek gerçekçi değildir. Zira Cenevre Sözleşmeleri devletler hedeflenerek düzenlenmiştir. Sözleşmeler içerisinde BM'yi ayrıca düzenleme konusu yapan veya silahlı çatışmalar hukukunun BM'yi de bağladığını kabul eden hükümler mevcut değildir^[86]. Devletlere yönelik oldukça ayrıntılı hükümler içeren bu Sözleşmelerin yalnızca örgütsel uluslararası hukuki kişiliğe sahip BM bakımından bağlayıcı olduğunu söylemek örgütün görev ve amaçları ile uyumsuz riskini taşımaktadır^[87]. Çünkü BM, Sözleşmelerin ihlali halinde sorumluluk mekanizmasını işletebilecek devlet erklerine sahip değildir^[88]. Bu sonuçların ötesinde BM'nin silahlı çatışmalar hukuku düzenlemelerine taraf olması halinde, örgütün uluslararası barış ve güvenliği sağlama araç ve yöntemlerine yönelik bir güvensizlik oluşacağı kanaati mevcuttur^[89].

Fakat BM'nin uluslararası hukuk kişiliğinin bir sonucu olarak silahlı çatışmalar örf ve adet hukuk normları ile bağlı olduğu kabul edilmektedir^[90].

[84] Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/46/185, para. 28.

[85] Devon Whittle, “Peacekeeping in Conflict: The Intervention Brigade, MONUSCO, and the Application of International Humanitarian Law to United Nations Forces”, *Georgetown Journal of International Law*, Cilt 46, Sayı 3, 2014, s.837. Ezeli Azarkan, “Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Birleşmiş Milletler Askeri Operasyonları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1-2, 2006, s.84.

[86] Funda Keskin, “Silahlı Çatışmalar Hukukunun BM Kuvvetlerine Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 52, Sayı 1, 1997, s.451-452. Azarkan, *op. cit.*, s.89-90.

[87] Azarkan, *op. cit.*, s.89-90.

[88] *Ibid.*, s.83-104.

[89] *Ibid.*, s.83-104.

[90] UAD, Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması Kararında, uluslararası örgütlerin, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları cihetiyle uluslararası hukukun genel ilkeleri

Zira uluslararası örf ve adet hukuk normu haline gelmiş silahlı çatışmalar uygulamalarının barış operasyonlarına uygulanmasına itiraz etmemiştir^[91]. Whittle'a göre; uluslararası örf ve adet kuralının BM barış operasyonlarına uygulanmasının temel şartı ilgili normun BM'ye uygulanabilir olması ve bu uygulamanın BM'nin amaç ve görevlerine engel olmamasıdır^[92]. Bu istisnanın temel sebebi BM'nin sınırlı (örgütsel) bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmasıdır.

BM her ne kadar Cenevre Sözleşmelerine taraf olmasa da Soğuk Savaş sonrası VII. Bölüm çerçevesinde alınan kararlar nedeniyle kuvvet kullanan askerî personelin silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olduğunu teyit eden bazı düzenlemeleri kabul etmiştir. Bu düzenlemelerin gerekliliğine dair inanın en önemli sonuçlarından biri BM Genel Sekreterliğinin 6 Ağustos 1999 tarihli "Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisidir"^[93]. Bildiri, BM "komuta ve kontrolü" altında gerçekleştirilen operasyonları yürüten barış güçlerine uygulanabilecek uluslararası insancıl hukukun "temel prensiplerini" ve "kurallarını" belirlemektedir^[94]. Bu kurallar çerçevesinde Bildiri, operasyon alanındaki sivillere, çocuklara, kadınlara, yaralılara, hastalara, savaş esirlerine ve sağlık görevlilerine nasıl davranılması gerektiğini düzenleme konusu yapmaktadır^[95]. Bildirinin ilk paragrafında ifade edildiği üzere insancıl hukuk ancak barış gücü mensuplarının "aktif şekilde" çatışmaya katılması ve "savaşan" statüsünde olması hâlinde

ile de bağlı olduğunu hüküm altına almıştır. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, ICJ, 20 Aralık 1980, para. 89-90.

[91] Whittle, *op. cit.*, s.850.

[92] *Ibid.*, s.850.

[93] Daha detaylı bilgi için bkz. Keskin, *op. cit.*, s.451-452.

[94] Secretary-General's Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13, 6 Ağustos 1999, para.1.

[95] International Committee of the Red Cross, 26th International Conference 1995: Resolution 1, 07-12-1995 Resolution International Humanitarian Law: From Law to Action Report on the Follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims.

uygulanacaktır^[96]. Bölüm VII çerçevesinde alınan muharebe misyonlarının bu kategoride değerlendirilmesi mümkündür. Fakat Bildiri, çatışma türüne veya hangi çatışma hukukunun uygulanacağına dair bilgi vermemektedir.

1994 tarihli “Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi” de çatışmalar hukukunun uygulanması konusunda oldukça önemli düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu Sözleşme BM barış gücü personelinin güvenliğini sağlama amacıyla olup silahlı çatışmalar hukukunun bir parçası değildir ancak silahlı çatışmalar hukuku ile bağlılık konusunda düzenlemeler içermektedir. Anılan Sözleşmenin 2. maddesi, yürütülen operasyonlara uygulanacak hukuk açısından iki farklı ayrıma gitmektedir. Bunların ilki, BM kuvvetlerinin çatışmalara savaştan (*combatant*) olarak katıldığı durumlar, diğeri ise barış personeli açısından olağanüstü güvenlik riski taşıyan operasyonlardır. İlk durumda, BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilen ve savaştan statüsünde olan personelin insancıl hukukla bağlı olduğu hüküm altına alınırken^[97] (Madde 2(2)); ikinci durumda, ilgili bu Sözleşmenin uygulama alanı bulacağı düzenlenmektedir (Madde 2(1)). Sözleşmenin ayırım konusundaki temel ölçütü; BM kuvvetlerinin müdahalesi kararının BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi tarafından alınıp alınmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yine aynı Sözleşmenin 20. maddesi, BM operasyonları kapsamında BM’nin ve BM personelinin, insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ile koruma altında olduğunu ve daha da önemlisi yine bu normlar doğrultusunda sorumluluklarının devam ettiğini düzenlemektedir. Bu nedenle 20. maddenin, operasyona katılan sivil ve askerî personelin insancıl hukukla

[96] Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, para.1

[97] Article 2 Scope of application: “2(1). This Convention applies in respect of United Nations and associated personnel and United Nations operations, as defined in article 1. 2(2) This Convention shall not apply to a United Nations operation authorised by the Security Council as an enforcement action under Chapter VII of the Charter of the United Nations in which any of the personnel are engaged as combatants against organised armed forces and to which the law of international armed conflict applies.”, UN Doc. A/RES/49/59.

bağlı olduğuna dair bir mesaj verdiği söylenebilir^[98]. Diğer taraftan anılan Sözleşmenin 21. maddesi, “İşbu Sözleşmedeki hiçbir hüküm meşru savunma hakkına hâlel getirecek şekilde yorumlanamayacaktır” şeklindedir. Bu düzenleme dolaylı da olsa meşru müdafaa kapsamında BM personelinin saldırıya maruz kalması hâlinde silahlı çatışmaya girebilmesinin önünü açmaktadır. Buradan hareketle ilgili bu Sözleşme, VII. Bölüm doğrultusunda BM yetki ve denetimi altında yapılan barışa zorlama operasyonlarında ve meşru müdafaa ötesine geçen silahlı çatışmalarda insancıl hukukun uygulanacağını kabul etmektedir.

Bahsi geçen düzenlemelerin tamamı, barış gücü personelinin silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olduğunu kabul etse de BM’nin çatışmanın tarafı olduğuna dair bir kabul görüş henüz mevcut değildir. BM barış operasyonlarının niteliklerine yönelik açıklamalarında BM’nin “taraf” statüsünün olmadığını ifade ederek tarafsızlık olgusunu ev sahibi devletin “rızasına” bağlamaktadır^[99]. Örgüt, rıza yokluğunun BM’yi çatışmaya taraf yapma riski taşıdığı ve taraf olunması hâlinde barışı koruma temel rolünden uzaklaşılacağı altını çizmektedir^[100]. Zira çatışmanın tarafı olarak silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olunması, BM’nin meşru bir hedef olarak görülmesine yol açabilecektir. BM personeline savaşan statüsünün verilmesi ve çatışmanın tarafı olarak kabul edilmesi, barış güçlerinin 1994 tarihli “Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi” kapsamında sahip oldukları koruma statüsünden faydalanmalarının önünü kapatacaktır. Son olarak BM’nin tarafsızlık statüsünü kaybetmesi, operasyona katkı sunan BM üyesi devletler bakımından da kabul edilebilir bir uygulama olmayacaktır. Zira tarafsızlık statüsünün kaybedilmesi halinde katkıda bulunan üye devletler kendi rızalarının hilafına silahlı çatışmaya katılmış olacaktırlar. Bu doğrultuda yapılan tartışmalar, BM güçlerinin taraf

[98] Keskin, *op. cit.*, s.452.

[99] United Nations, Principles of Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/principles-of-peacekeeping#:~:text=These%20three%20principles%20are%20inter,and%20defence%20of%20the%20mandate> (E.T. 3 Ağustos 2022).

[100] United Nations, Principles of Peacekeeping.

olmadığını, uluslararası toplumu temsilen uluslararası barış ve güvenliğin temin edilmesi için müdahalede bulunduğunu savunmaktadır^[101].

Bu nedenlerle bazı yazarlar silahlı çatışmalar hukukunun yalnızca bir “politika” olarak uygulanabileceğini ifade etmektedir^[102]. Ancak politika (*policy*) olarak uygulanma muğlak bir ifadedir. Ferraro’ya göre bu argümanların tümü eğer silahlı çatışmalar hukukunun uygulama alanı varsa reddedilmelidir çünkü silahlı çatışmalar hukuku tarafların statüsüne göre herhangi bir istisna getirmemiştir^[103]. Yani güçlerin BM kontrol ve denetiminde olması silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasına engel teşkil etmemelidir^[104]. Fiilen çatışmanın içinde olunması ve kuvvet kullanılması hâlinde, teorik açıdan taraf olunmadığını söylemek anlamsız kalacaktır ve fiilî durum teorisine tersine işleyecektir. Bu nedenle aslında barış sağlama misyonunun VI. Bölüm veya VII. Bölüm çerçevesinde gerçekleştirilmesinin önemi kalmamaktadır, belirleyici olan ise bölgenin durumu, yani “fiilî durum” olmaktadır^[105]. Çatışma hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı da fiilî duruma göre netleşecektir.

Literatürde de birçok yazar *jus ad bellum* ve *jus in bello* üzerinde durarak barış personelinin çatışma hukuku ile bağlı olup olmadığını tartışma konusu yapmıştır^[106]. İfade etmek gerekir ki savaşın haklı nedenlerle başlaması ya

[101] Daphna Shrager, “The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law,” *International Peacekeeping*, Cilt 5, Sayı 2, 1998, s.64–81.

[102] Paul Berman, “When does violence cross the armed conflict threshold? Current dilemmas,” *Collegium: news from the College of Europe= nouvelles du Collège d’Europe*, Cilt 43, 2013, s.18-19.

[103] Tristan Ferraro, “The Applicability And Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces,” *International Review of the Red Cross*, Cilt 95, 2013, s.565.

[104] Ferraro, *op. cit.*, s.565.

[105] *Ibid.*, s.565.

[106] Katarina Grenfell, “Perspective on the Applicability and Application of International Humanitarian Law: the UN Context,” *International Review of the Red Cross*, Cilt 95, 2013, s.645-652; Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law And United Nations Military Operations”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Sayı 1, 1998, s.34.

da haklı nedenlerle devam ediyor olması ve barış güçlerinin hukuki statüsü silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasına etki etmeyecektir. Hiçbir çatışma hukuku kaynağı tarafların hukuki statüsüne dayanarak istisna yaratmamıştır^[107]. Herkese eşit şekilde uygulanması hakkaniyet gereğidir. Ayrıca barış güçleri istisna tutulursa diğer tarafın çatışma hukukuna bağlı kalarak hareket etmesini beklemek de gerçekçi olmayacaktır.

BM, geleneksel barış operasyonları kapsamında tarafsız hareket ettiğini ve taraf statüsü olmadığını kabul etse de şiddeti yüksek bir çatışmanın içinde olmaları hâlinde silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olunacağını taraf statüsünden bağımsız olarak kabul etmektedir. Bu nedenle BM'nin barışa zorlama operasyonlarında "farklı statülü" bir taraf olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira BM barış güçleri her ne kadar çatışmanın *de jure* tarafı olmasa da silahlı çatışmalar hukuku ile bağlılık açısından *sui generis* bir taraf statüsüne sahip olacaktır.

III. BM BARIŞ OPERASYONLARINDA ÇATIŞMANIN TÜRÜ

Silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olduğu kabul edilen BM açısından açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus, hangi çatışma hukuku ile bağlı olunacağı konusudur. Çatışma türünün tespit edilmesi uygulanacak silahlı çatışma hukukunun kategorisi açısından büyük önem arz etmektedir. Silahlı çatışmalar hukuku altında genel bir silahlı bir çatışma kavramı olmayıp iki tür hukuki kategori mevcuttur. Bunlar uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır^[108].

BM müdahalesinin devam etmekte olan çatışma türlerine etki edip etmediği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin ilkinde göre BM müdahalesi çatışmayı otomatik olarak uluslararası silahlı çatışmaya dönüştürmektedir^[109]. Bu nedenle BM, uluslararası silahlı çatışma hukuku ile bağlı

[107] Keskin, *op. cit.*, s.450.

[108] Dino Kritsiotis, "The Tremors of Tadic", *Israel Law Review*, Cilt 43, 2012, s.262-300.

[109] Chapman, *op. cit.*, s.2-11; Ray Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operational and Legal Issues in Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Kubo Macak and Noam Zamir, "The Applicability of International Humanitarian Law to the Conflict in Libya" *International Community Law Review*, Cilt 14, Sayı 4, 2012, s.403-436.

olacaktır. Diğer görüş ise devletlere uygulanan klasik çatışma hukukunun gerekli değişiklikler yapılarak BM'ye de uygulanması yönündedir^[110]. Başka görüş ise BM müdahalesinin çatışma türüne etki etmeyeceği yönündedir^[111]. UAD Nikaragua Davası kararında, aynı bölgede aynı anda birden fazla silahlı çatışma yaşanabileceğini kabul etmektedir^[112]. Buna göre BM müdahalesinin çatışma türünü otomatik olarak dönüştürmesi bir zorunluluk değildir ancak devam eden çatışmaların türünün tespiti uygulanacak silahlı çatışmalar hukukunun belirlenmesi bakımından zorunluluktur. Greenwood'a göre ise BM'nin çatıştığı tarafın statüsü çatışma türünü belirleyecektir. Buna göre BM'nin çatıştığı taraf bir devlet ise uluslararası silahlı çatışma kuralları uygulanacaktır^[113]. Şayet çatıştığı taraf devlet dışı organize bir silahlı grup ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma veya *sui generis* bir çatışma türü olduğu kabul edilecektir^[114].

Çatışma türünün tespiti, silahlı çatışmaların yürütülmesi bakımından geçerli olan kuralların uygulanması bakımından önemlidir. Her iki çatışma türü bakımından çatışmalara katılan kişiler ile çatışma dışı kalan kişiler, çatışmalarda uygulanacak yöntem ve araçlar ve son olarak çatışmalarda belirlenmiş bazı kişilerin, malların ve çevrenin korunmasına yönelik getirilen düzenlemeler farklılık göstermektedir. Bu nedenle bu bölümde öncelikle uluslararası silahlı çatışmalar, devamında ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar incelenecek ve BM müdahalesinin çatışma türlerine etki edip etmeyeceği değerlendirilecektir.

Uluslararası silahlı çatışmalar “devletler arası silahlı çatışmalar” ve “uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar” olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır. En genel tanımıyla uluslararası silahlı çatışma, en az iki devletin katıldığı çatışma türü olarak açıklanmaktadır. *Ad hoc* Yugoslavya Uluslararası Ceza

[110] Dapo Akande, “Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts”, in Elizabeth Wilmhurst (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford: Oxford Legal Studies Research Paper No 50, 2012.

[111] Whittle, *op. cit.*, 837-875.

[112] Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Judgment, ICJ, 27 Haziran 1986.

[113] Greenwood, *op. cit.*, 26; Pazarcı, *op. cit.*, s.613.

[114] *Ibid.*

Mahkemesinin *Tadiç* kararında da ifade ettiği üzere “Devletler arasında silahlı kuvvete başvuru her durumda uluslararası silahlı çatışma vardır”^[115]. Uluslararasılaşmış silahlı çatışma teriminin yeni olması nedeniyle geleneksel uluslararası silahlı çatışma tanımları devletler arası silahlı çatışmalara yöneliktir.

Uluslararasılaşmış silahlı çatışma, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın uluslararası bir çatışmaya dönüşmesi hâlinde gerçekleşir^[116]. Bu yeni tip silahlı çatışma, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya başka bir devletin veya örgütün müdahil olması hâlinde söz konusu olacaktır. Örneğin radikal dini silahlı örgüt Taliban ile Afganistan arasında Temmuz 2021 tarihine dek devam eden çatışma ilk aşamada uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma iken ABD’nin müdahalesi ile uluslararası silahlı çatışmaya dönüşmüştür. Bu nedenle çatışmanın tarafları doğrultusunda hibrit bir uygulama, yani hem “uluslararası silahlı çatışma” hem de “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku” uygulama alanı bulmuştur^[117]. UAD, “Nikaragua Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davasında”, Nikaragua hükümeti ve hükümete karşı ayaklanan Contras arasındaki silahlı çatışmayı uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, ABD’nin Contras’ların tarafında yer alarak Nikaragua hükümetine karşı yaptığı silahlı müdahaleyi ise uluslararası silahlı çatışma olarak değerlendirmiştir^[118].

İkinci silahlı çatışma türü ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır. Bu tür silahlı çatışmalarda çatışan taraflar, devlet ve organize silahlı gruplardır. Organize silahlı grupların kendi aralarındaki çatışmaları

[115] ICTY, Prosecutor v. Tadiç, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Ekim 1995.

[116] Ali İbrahim Akkutay, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 1, 2016, s.3. Bu durumun ikinci örneği ise bir devletin hükümetine karşı silahlı mücadeleye girişen ve kendilerine savaşan statüsü tanınması halinde mümkündür. Pazarıcı, *op. cit.*, s.577.

[117] Chapman, *op. cit.*, s.3.

[118] Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Judgment, ICJ, 27 Haziran 1986.

da aynı kategoride değerlendirilmektedir^[119]. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik ilk normatif düzenleme 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesidir: “*Yüksek Akit Taraflarından birinin topraklarında ortaya çıkan uluslararası nitelikli olmayan bir silahlı çatışma durumunda, çatışmaya taraf olanlardan her biri, en azından aşağıdaki hükümleri uygulamakla yükümlü olacaktır*”. Ortak 3. maddenin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik bir tanım verdiğini söylemek mümkün değildir.

İkinci normatif düzenleme ise 1977 tarihli Ek Protokol II’dir. Ortak 3. maddenin aksine Ek Protokol II, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların oluşumu bakımından bazı koşullar getirmek suretiyle dolaylı bir tanım vermektedir. Buna göre, “*Yüksek sözleşmeci bir tarafın (devletin) toprağında, taraf devletin silahlı güçleri ile muhalif silahlı güçler veya sorumlu bir komuta altında, devamlılık arz eden ve planlı askeri harekâtlar yürütmeyi ve bu protokolü uygulamayı mümkün kılacak şekilde bu ülkenin toprağının bir parçasında denetimi elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalara uygulanır*”. Bu tür çatışmaların en belirgin özelliği, çatışmanın yalnızca bir devletin sınırları içinde gerçekleşmesi ve devlet dışı organize silahlı grubun çatışmanın gerçekleştiği ev sahibi ülke toprağının bir parçasında denetimi elinde bulundurmasıdır.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik son tanım ise Roma Statüsü’nün 8. maddesinde verilmektedir. Buna düzenlemeye göre, “*Bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalarda*” uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku uygulanır denmektedir. Birbirinden farklı olan bu uygulama alanları, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından bir tanım sorunu olduğunu göstermektedir.

BM kuvvetlerinin katıldığı silahlı çatışmaların, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirilmesi, BM’nin taraf statüsünün kabul edilmemesinden dolayı oldukça önemlidir. Daha önce de ifade edildiği

[119] Yoram Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, s.39. Ayrıca bkz. ICTY, Prosecutor v Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-1-AR72, 2 Ekim 1995, para. 70.

üzere BM'nin "taraf statüsüne sahip olmadığı" hem BM açıklamaları hem de incelenen hukuki düzenlemeler kapsamında kabul edilmektedir. BM tarafından gerçekleştirilen barışa zorlama operasyonlarının uluslararası barış ve güvenliği sağlama amacıyla olması bu silahlı çatışmaları, geleneksel anlamda iki tarafın karşıt savlarını birbirine zorla kabul ettirmek amacıyla yürüttüğü uluslararası nitelikte olan ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardan ayırmaktadır.^[120] BM müdahalesi uluslararası silahlı çatışma ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kategorileriyle tam olarak örtüşmemektedir. Dolayısıyla BM müdahalesinin devam etmekte olan çatışma türüne etki etmediği söylenebilir. Bu durumda, şayet BM uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmaya müdahale ediyorsa uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku ile bağlı olacağı savunulmaktadır^[121]. Başka bir ifade ile BM müdahalesi çatışmayı uluslararası silahlı çatışmaya dönüştürmeyecektir.

Her ne kadar bu görüşü destekleyen uluslararası hukukçular olsa da^[122] BM'nin müdahale ettiği çatışmaları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kategorize etmek bu alandaki belirsizliklerin barış operasyonlarına da sirayet etmesine sebep olacaktır. Bu konudaki en temel belirsizlik tanım sorunudur. Yukarıda izah edildiği üzere 1949 Cenevre Sözleşmeleri uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma tanımını vermemektedir. Ek Protokol II ise silahlı çatışma oluşum eşiğini yüksek tutmakta ve devlet dışı organize silahlı grubun o ülke içinde en azından ülkenin bir bölgesinde toprak denetimi koşulunu aramaktadır. Roma Statüsü altında verilen tanım üzerinde de genel bir konsensüsün olduğunu söylemek mümkün değildir.

[120] Daha detaylı bilgi için bkz. Keskin, *op. cit.*

[121] Bu kapsamda altının çizilmesi gereken diğer husus, yaşanan çatışmanın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma eşiğine ulaşmış olmasıdır. Roma Statüsü'nün 8(2)(e) bendinde de ifade edildiği üzere "gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginlikler" uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kategorisinde değerlendirilemez. Bu durumda BM personelinin de insancıl hukukla bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunun gibi durumlarda insancıl hukuk hükümleri değil 1994 tarihli "Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi" uygulama alanı bulacaktır.

[122] Whittle, *op. cit.*, s.837-875.

BM'nin müdahale ettiği çatışmaların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilmesinin ikinci sakıncası, silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden olan karşılıklılık ve eşitlik ilkesi kapsamında ortaya çıkacaktır. Zira çatışmanın uluslararası nitelikte olmayan bir çatışma olduğunu kabul etmek eşit olmayan tarafların eşitlenmesi anlamına gelecektir^[123]. BM ne devletlerle ne de devlet dışı silahlı organize gruplarla eş/eşit veya aynı statüde değildir. Öte yandan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda çatışan taraflara "savaşan" statüsü verilmemektedir^[124]. Bu durumun en önemli sonucu, bu kişilerin karşı tarafça yakalanması halinde "savaş tutsağı" korumasından yararlanamıyor olmalarıdır^[125]. Sonuç olarak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara katılan kişilere uluslararası hukuk kaynaklı bir statü verilmemekte ve ilgili devletin ulusal mevzuatına tabii tutulmaktadır^[126]. Bu yönde bir uygulamanın Kuvvetlerin Statüsü Anlaşmalarına da aykırılık teşkil edeceği açıktır. Zira ev sahibi devletlerle yapılan kuvvetlerin statüsüne ilişkin anlaşmalar, barış güçlerinin görev sırasında işledikleri suçlar bakımından yargılama yetkisini münhasıran gönderen devlete vermektedir^[127]. Keskin'e göre de uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürecek ve uluslararası alanda önlem alınmasını gerektirecek bir olayın iç sorun olduğunu kabul etmek mümkün değildir^[128].

Bu sonuçlar nedeniyle BM'nin müdahalede bulunduğu silahlı çatışmaların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirilmesi oldukça zordur. Ancak aksi görüşte olan yazarlar da vardır. Örneğin Whittle, MONUSCO kapsamında görevlendirilen Intervention Brigade'in doğrudan Kongo Demokratik Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri'nin yanında yer alarak isyancı güçlere karşı zorlayıcı önlemler almasını uluslararası nitelikte

[123] Jaime Saura, "Lawful Peacekeeping: Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations", *Hastings Law Journal*, Cilt 58, 2006, s.514.

[124] Pazarıcı, *op. cit.*, s.671.

[125] *Ibid.*, s.672.

[126] *Ibid.*, s.671.

[127] Secretary-General's Bulletin Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

[128] Keskin, *op. cit.*, s.454.

olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirmiştir^[129]. Bu sonuca varmasının temel sebebi ise çatışmanın diğer tarafının devlet dışı organize silahlı bir grup olmasıdır^[130].

Chapman'a göre ise BM'nin müdahalesi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı uluslararasılaşmış çatışmaya dönüştürmektedir^[131]. Bu iddia da BM'nin taraf statüsüne sahip olmamasından dolayı tartışılabilir. Zira BM, silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasını taraf statüsünden bağımsız olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda BM, çatışma türünü kategorize etmekten ve hangi silahlı çatışmalar hukukunun uygulanacağını ortaya koymaktan ziyade silahlı çatışma eşiğine ulaşan barış operasyonlarında "uluslararası insancıl hukuk ilkeleri ve ruhunun" uygulanması gerektiği kanaatindedir^[132]. Bu kapsamda insancıl hukukun temel ilkeleri olan sivil ve savaşçılar arasındaki ayrıma dikkat edilmesi, savaş dışında kalanlara saldırılmaması, gereksiz acı çektirilmemesi ve son olarak orantılılık ve gereklilik ilkelerine uygun hareket edeceğini teyit etmektedir.

Yukarıdaki değerlendirmelerin bir sonucu olarak mevcut literatürde önemli ölçüde tartışmanın ve farklı görüşün bulunduğunu söylemek mümkündür. Yazara göre ise UAD'nın "Nikaragua Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler" Davasında uyguladığı hibrit modelin, BM'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara müdahalesi halinde uygulanması en gerçekçi çözüm olacaktır. Zira BM, barış operasyonlarının tümünde uluslararası bir güç (örgüt) olarak müdahalede bulunmaktadır. Buradan hareketle BM ile yerel güçler arasında ortaya çıkacak ve silahlı çatışma eşiğine ulaşacak olan çatışmayı uluslararası silahlı çatışma olarak kategorize edip BM'nin uluslararası silahlı çatışma hukuku ile bağlı olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Zira yukarıda açıkladığımız gerekçeler nedeniyle BM'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku ile bağlı olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Yerel güçler arasında veya yerel güçler ile devlet arasında,

[129] Whittle, *op. cit.*, 837

[130] *Ibid.*, 837

[131] Chapman, *op. cit.*, s.5.

[132] Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/46/185, para. 28.

yalnızca ev sahibi devletin toprakları üzerinde devam eden çatışmaların ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilmesi ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukukunun, çatışmanın “asıl taraflarına” uygulanması gerekmektedir. BM de silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasına yönelik inisiyatif çatışmanın taraflarına bırakacaktır. Sonuç olarak, BM’nin barış operasyonlarında çatışmaya aktif katılımı hâlinde, çatışmanın türü uluslararasılaşmış silahlı çatışma olacak ve BM personeli “uluslararası silahlı çatışma hukuku” ile bağlı olacaktır^[133].

IV. UYGULANACAK SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNUN TESPİTİ

Geleneksel anlamda insancıl hukukun uluslararası silahlı çatışmalarda devletlere uygulanmak üzere yapılandırıldığını söylemek mümkündür. Zira BM öncesi dönemde, uluslararası örgütlerin kuvvet kullanmak suretiyle silahlı çatışmalara iştirak etmesi öngörülmediği için bu husus uluslararası düzenlemelere de konu olmamıştır^[134]. BM’nin kurulmasıyla birlikte bu alanda ciddi bir dönüşüm yaşanmış ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla VII. Bölüm çerçevesinde BM’nin, VIII. Bölüm çerçevesinde ise BM’nin izniyle veya BM adına hareket eden diğer uluslararası örgütlerin silahlı çatışmalara katılabileceği kabul edilmiştir^[135]. Bu bağlamda silahlı çatışmalar hukuku, ilgili düzenlemelere taraf olmaları veya uygulanana gelen örf ve adet hukukuna itiraz etmemeleri halinde uluslararası örgütler bakımından da bağlayıcı olabileceği kabul edilmektedir^[136]. Önceki bölümlerde izah edildiği üzere BM ilgili düzenlemelere taraf değildir, bu nedenle ancak örf ve adet kuralı haline gelen silahlı çatışma hukuku ile bağlı olacaktır.

[133] 1. Çatışma: Devlet- devlet dışı silahlı aktörler veya devlet dışı silahlı aktörler arasında bir devletin sınırları içinde gerçekleşen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, 2. çatışma ise BM’nin bu çatışmaya müdahalesi nedeniyle ortaya çıkan uluslararası (uluslararasılaşmış) silahlı çatışmadır.

[134] Pazarıcı, *op. cit.*, s.573.

[135] *Ibid.*, s.573.

[136] Whittle, *op. cit.*, s.850.

A) ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA UYGULANACAK İNSANCIL HUKUK VE BARIŞ OPERASYONLARI

“Uluslararası silahlı çatışmalara” uygulanacak kurallar: 1949 Cenevre Sözleşmeleri^[137], Ek Protokol I ve uluslararası örf ve âdet hukuku kaynaklarıdır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere BM çeşitli sebeplerle 1949 Cenevre Sözleşmelerine ve Ek Protokollere taraf olmamıştır. Bu nedenle ilgili bu andlaşmaların örf ve adet hukuku haline gelmiş düzenlemeleri inceleme konusu yapılacaktır.

Sivillerin korunması bakımından, 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi: “Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme”^[138] ve Ek Protokoller önemli düzenlemeler içermektedir. IV. numaralı Cenevre Sözleşmesinin 15. Maddesi: “*Muharip veya gayri muharip yaralılar ve hastalar ve muhasamata iştirak etmeyen ve bu mıntikalarda ikâmetleri müddetince askerî mahiyette hiçbir iş görmeyen sivil şahıslar*”ı korumaktadır. Ek Protokol I’e göre sivil halk “sivil olan tüm kişilerden oluşur”^[139] ve bu kişiler bu düzenlemeler kapsamında koruma altındadırlar. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri uluslararası örf ve adet hukuku olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle sivillerin korunmasına yönelik hükümler BM bakımından da bağlayıcı olacaktır. Ek Protokollerin devletlere yönelik detaylı hükümler içermesi ve uluslararası örf ve adet normu haline gelmemiş olması nedeniyle BM’ye uygulanması mümkün değildir.

[137] 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri dört farklı sözleşmeyi ihtiva etmektedir: “Harp Hâlindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi”, “Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi”, “Harp Esirlerine Yapılacak Muamele İle İlgili Cenevre Sözleşmesi” ve son olarak “Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi”.

[138] Sözleşmenin 15. Maddesi: “Muharip veya gayri muharip yaralılar ve hastalar ve muhasamata iştirak etmeyen ve bu mıntikalarda ikâmetleri müddetince askerî mahiyette hiçbir iş görmeyen sivil şahıslar”ı korumaktadır.

[139] I. Ek Protokol’un 50. maddesine göre sivil halk “sivil olan tüm kişilerden oluşur.” Düzenlemenin 43(2) maddesi ise dolaylı olarak savaşan kişiyi tanımlamaktadır. “Çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar (sağlık ve din görevlileri dışında) muhariplerdir, bir başka deyişle doğrudan muhasamata katılma hakkına sahiptirler”.

BM barış güçlerinin savaşılan statüsüne sahip olup olmayacağı 1994 tarihli “Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi”nin 2(2) maddesi açısından incelenmelidir. Düzenlemeye göre: “*Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü* uyarınca Güvenlik Konseyi tarafından yetki verilmiş zorlayıcı önlemleri içeren ve herhangi bir personelin *düzenli silahlı kuvvetlere karşı muharip olarak görevlendirilmiş, olduğu, uluslararası silahlı çatışma hukukunun tatbik edildiği Birleşmiş Milletler operasyonlarında uygulanmayacaktır*”^[140]. Yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme silahlı çatışma boyutuna varan zorlama operasyonlarında barış güçlerinin “savaşılan” statüsünde olduğunu kabul etmektedir^[141].

“Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi”nin 1(1). maddesi BM barış güçlerinin aktif bir şekilde çatışmalara dahil olması halinde savaşılan statüsüne sahip olduklarını kabul etmektedir. 1(2) maddesi ise, Bildiri’nin yayınlanmasının, barış güçlerine 1994 tarihli Sözleşme ile verilen “koruma statüsünü” etkilemeyeceğini düzenlemektedir^[142]. Çatışmalar hukuku kişileri savaşılan veya savaşılan olmayan (combatants or non-combatants) olarak ikiye ayırmaktadır. 1994 tarihli Sözleşme’nin koruma sağladığı barış güçleri “sivil” kategorisindedir. Ancak her iki düzenleme de zorlayıcı önlemlerin alındığı ve kuvvet kullanıldığı barış operasyonlarında barış güçlerini savaşılan olarak kabul etmektedir. Fakat yukarıda da izah edildiği üzere savaşılan statüsü verilen barış güçleri, çatışma hukuku bakımından meşru hedef haline geleceklerdir.

Son olarak değerlendirilmesi gereken çatışmaların yürütülmesi bakımından getirilen sınırlandırmalardır. Ek Protokol I, 35. madde de düzenlendiği üzere: “*Herhangi bir silahlı çatışmada tarafların savaş yöntemlerini ve araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir.*” Bu bağlamda taraflara hem kimi silahların kullanılması hem de bazı yöntemlerin uygulanması konusunda sınır veya yasaklar getirilmiştir.

[140] Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Resmî Gazete ile Yayımlı: 20.1.2004 Sayı: 25352, No:5048, Kabul Tarihi: 14.1.2004.

[141] Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.

[142] Barış gücü personeli ‘koruma statüsü’ altında sivil olarak kabul edilmektedir.

Kimi silahların yasaklanmasının temel amacı gereksiz acılara ve can kaybına neden olan silahların ve yöntemlerin kullanılmasının önüne geçmektir^[143]. Yasaklanan ilk grup silahlar; 400 gramdan aşağı fırlatılan patlayıcı ve yanıcı maddeler^[144], yasaklanıp yasaklanmadığı tartışmalı olmakla birlikte vücutta yayılan dum dum kurşunları^[145], x ışınları ile saptanamayan parça etkili patlayıcılar^[146], mayınlar ve bubi tuzaklarıdır^[147].

1983 tarihli “Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayırım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Silahların Yasaklanması Sözleşmesi’nin Tespit Edilemeyen Parçacıklar Hakkında I nolu Protokol” asıl etkisini, insan vücuduna girdiğinde X ışınları ile dahi tespit edilemeyen küçük parçacıklar vasıtasıyla yaralamak suretiyle gösteren her türlü silahın kullanımını yasaklamaktadır.

8 Şubat 1928’de yürürlüğe giren “Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Araçların Savaşta Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Protokol” biyolojik ve kimyasal silahların kullanılmasını yasaklamaktadır. Fakat Protokolün özellikle üretimi, depolanması ve transferi ile ilgili hükümler içermemesi nedeniyle 1972’de BM tarafından hazırlanan “Bakteriyolojik ve Toksik Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanması Yasaklanması ve İmha Edilmesi Sözleşmesi” 26 Mart 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile biyolojik savaşın yasaklandığı kabul edilmektedir^[148].

[143] Pazarıcı, *op. cit.*, s.624.

[144] Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/st-petersburg-decl-1868/declaration?activeTab=undefined>. (E.T. 6 Şubat 2024).

[145] The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899, https://ogc.osd.mil/Portals/99/proceedings_of_the_hague_peace_conferences_the_conference_of_1899%20%281%29.pdf. (E.T. 13 Şubat 2024).

[146] 1983 tarihli “Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayırım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Silahların Yasaklanması Sözleşmesi, Tespit Edilemeyen Parçacıklar Hakkında Protokol I,V” Asıl etkisini, insan vücuduna girdiğinde X ışınları ile dahi tespit edilemeyen küçük parçacıklar vasıtasıyla yaralamak suretiyle gösteren her türlü silahın kullanımını yasaktır.”

[147] Daha detaylı bilgi için bkz. Pazarıcı, *op. cit.*, s.624.

[148] Keskin, *op. cit.*, s.460.

Kimyasal silahlardan boğucu zehirleyici ve benzer gazların kullanımı 1899 Lahey Sözleşmesinde, zehir ve zehirli gazların kullanımı ise 1907 Lahey Sözleşmesi ile yasaklanmıştır^[149]. Sayılanların dışında kalan kimyasal silahlar bakımından ise 1993 tarihli “Kimyasal Silahların geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme” uygulama alanı bulmaktadır.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanan “Uluslararası İnsan- cıl Örf ve Adet Hukukuna Dair Kurallar”a yönelik çalışma, kullanılması yasaklanan silahlara yönelik uygulamaların uluslararası örf ve adet hukuku oluşturup oluşturmadığını detaylı bir şekilde incelemektedir. Bu çalışmaya göre biyolojik silahların hem uluslararası silahlı çatışmalarda hem de ulus- lararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda kullanılmasının yasaklanması uluslararası örf ve adet hukuku haline gelmiştir.^[150] Aynı çalışma kimyasal silahların da her iki çatışma türünde kullanımının yasaklandığını ve bu uygu- lamaların örf ve adet hukuku normu haline geldiğini teyit etmektedir^[151]. Doku içinde genişleyen mermilerin, vücuda girince patlayan mermilerin, X ışınlarıyla insan vücudunda tespit edilemeyen parçacıklarla yaralanmaya neden olan silahların, bubi tuzaklarının, bazı istisnalar kapsamında mayınla- rın kullanılmasının yasaklanması da hem uluslararası silahlı çatışmalar hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından uluslararası örf ve adet hukuku normu haline gelmiştir^[152].

Nükleer silahların kullanılması bakımından UAD’nın “Nükleer Silahların Tehdidi ve Kullanılmasının Meşruluğu” danışma görüşüne değinmek yerinde olacaktır. Nükleer silahların kullanılması, silahlı çatışmalar hukukunun örf

[149] IV Sayılı, Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme, 18 Ekim 1907, http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kara_harbinin_kanunlari_ve_adetleri_hakkinda_sozlesme.pdf. (E.T. 13 Şubat 2024).

[150] International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law–Volume 1, 23. Bölüm, s.256, <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>. (E.T. 14 Şubat 2024).

[151] Customary International Humanitarian Law, 24. Bölüm, s.259.

[152] Customary International Humanitarian Law, düzenleme her silah türü bakımından devlet uygulamalarını incelemekte ve her iki çatışma türü bakımından bir sonuca varmaktadır. Her silah türü bakımından ayrıntılı inceleme yapılması bu çalışmanın sınırlarını aşacaktır.

ve adet hukuku haline gelmiş olan askeri gereklilik, gereksiz acı ve ıstırapın önlenmesi ve orantılılık ilkeleri doğrultusunda yasaktır. Divan “Nükleer Silahların Tehdidi ve Kullanılmasının Meşruluğu” danışma görüşünde bu hususu kabul etmektedir. Fakat devletlerin meşru-savunma hakları kapsamında nükleer silahları kullanabileceğini kabul etmek suretiyle nükleer silahların kullanılmasına yönelik bir istisna yaratmaktadır^[153]. Divanın bu görüşü nedeniyle nükleer silahların kullanımı bakımından ortaya çıkan uygulamaların uluslararası örf ve adet hukuku normu oluşturduğunu söylemek şu an için mümkün değildir^[154].

Sonuç olarak uluslararası örf ve adet hukuku normu haline gelmiş olan insancıl hukuk uygulamaları BM bakımından bağlayıcı olacaktır. Fakat BM'nin varoluş amacına aykırı olan bu silahların kendisi tarafından kullanılması da mümkün gözükmemektedir^[155]. Birçoğu BM bünyesinde hazırlanan bu sözleşmelerin BM tarafından ihlal edilmesi de gerçekçi bir çıkarım olmayacaktır.

B) ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA UYGULANACAK İNSANCIL HUKUK VE BARIŞ OPERASYONLARI

Her ne kadar BM'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukukuna tabi tutulamayacağı kanaatinde olsak da bu çatışma türü bakımından da örf ve adet hukuku haline gelmiş uygulamalara kısaca değinmek yerinde olacaktır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak hukuk içinde de yine Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde, Ek Protokol II ve örf ve âdet hukuku yer almaktadır.

Çatışmanın yürütülmesi sırasında uyulması gereken çatışma araç ve yöntemleri ne Ortak 3. maddede ne de Ek Protokol II'de düzenleme konusu yapılmamaktadır^[156]. Ancak Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanan “Uluslararası İnsancıl Örf ve Adet Hukukuna Dair Kurallar” kapsamında, ‘sivil ve savaştan’ ayrımının yapılması, “gereksiz acı çeiktirecek

[153] Nuclear Weapons Case, Advisory Opinion, ICJ Reports, 8 Temmuz 1996, s.226.

[154] Ayrıca bkz. Customary International Humanitarian Law, 22. Bölüm, s.255.

[155] Keskin, *op. cit.*, s.461.

[156] Pazarıcı, *op. cit.*, s.672.

yöntem ve savaş araçlarının kullanılmasının yasaklanması” ve güven ilkesi kapsamında “hileli davranışların” yasaklanması uluslararası örf ve adet hukuku haline geldiği kabul edilmektedir^[157]. Uluslararası örf ve adet hukuku haline gelmiş araç ve yöntemlere yönelik yasakların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabileceği kabul edilmektedir^[158]. Örf ve adet hukuku normu haline gelen bu düzenlemelerin BM güçlerine uygulanması mümkündür.

Yukarıda bahsedildiği üzere uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda taraflara uluslararası hukuki bir statü olan “savaşan” statüsü verilmemektedir.

Son olarak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından yasaklanan yöntemlerin BM güçlerine uygulanabilirliği incelenmelidir. Bu konudaki en önemli düzenleme uluslararası örf ve adet hukuku normu olarak kabul edilen Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesidir. Bu maddeye göre çatışmaya doğrudan katılmayan (siviller) silahlarını terk edenler, hastalık, yaralanma veya herhangi bir nedenle savaş dışı kalanlar, ayrımcılığa tabi tutulmadan insanca muamele göreceklidir. Bu grubun hayatına, vücut bütünlüğüne saldırıda bulunmak, rehin almak, haysiyet kırıcı muamele yapmak ve adil yargılanma hakkından mahrum bırakmak yasaklanmıştır^[159]. 3. maddeden farklı olarak Ek Protokol II’nin 4. maddesi, “bir silahlı şiddet yöntemi olarak terörizmi” ve “terörizm tehdidini” doğrudan yasaklamaktadır.

[157] Customary International Humanitarian Law.

[158] U.N. Doc. IT-94-1-T., <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>. (E.T. 12 Şubat 2024).

[159] 1) Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen eşhas ile silahlı kuvvetlerin silahını terk etmiş olan üyeleri ve hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi diğer bir sebeple savaş dışı edilmiş şahıslar ye ırk, renk, din veya iman, cins, doğuş veya servet veya herhangi bir kıstas gibi gayri müsait bir tefrika tabi olmadan bütün ahvalde insanca muamele göreceklidir.

Bu cümleden olmak üzere her zaman ve her yerde yukarıda bahsi geçen eşhas hakkında şu hususlar yasak edilmiştir:

- a) Hayata ve vücuda tecavüzler, tecavüzler, ezcümle bütün şekilleri ile katil, sakat bırakma, zalimane muameleler, işkence, eziyetler.
- b) Rehine alınması,
- c) Şahısların haysiyetine tecavüzler, ezcümle utandırıcı ve alçaltıcı muameleler.

Ortak 3. madde uluslararası örf ve adet hukuku niteliğindedir bu nedenle BM üzerinde de bağlayıcı olacaktır. II. Ek Protokol'un 4. maddesi kapsamında yasaklanan bir silahlı şiddet yöntemi olarak terörizme başvurulmasının bir suç olarak örf ve adet hukuku normu haline geldiği BM Genel Sekreterinin, Sierra Leone Özel Mahkemesinin kurulmasıyla ilgili Raporunda kabul edilmiştir^[160]. Bu düzenlemenin BM tarafından ihlal edilmesi oldukça düşük bir ihtimal olmakla birlikte örf ve adet hukuku haline gelmesi nedeniyle BM bakımından da bağlayıcı olacaktır.

d) Medeni milletlerce vücutları elzem addedilen adli teminata malik ve nizamı bir şekilde kurulmuş bir mahkemece muhakeme safhasına başvurulmadan verilen mahkûmiyet hükümleri ve infaz edilen cezalar.

[160] UN Secretary-General, Report on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, <https://digitallibrary.un.org/record/424039?ln=ru>, para. 14. (E.T. 8 Şubat 2024).

SONUÇ

Barışı koruma operasyonlarının BM Şartı altında açıkça düzenlenmemiş olması, uluslararası örgüt olan BM'nin silahlı çatışmalar hukuku düzenlemelerine taraf olamaması/olmaması, yayımlanan bildirimlerin yüzeysel düzenlemeler içermesi ve BM'nin MONUSCO'da açıkça taraf tutarak operasyon düzenlemesi silahlı çatışmalar hukukunun BM personeli üzerindeki bağlayıcılığını yeniden tartışmaya açmıştır. Belirsizliklerin devam etmesi nedeniyle oldukça tartışmalı olan ve birçok farklı dinamiği içinde barındıran bu çalışmada da; barış operasyonlarının türleri, barış operasyonu personelinin hukuki statüsü, BM'nin müdahil olduğu çatışmaların türü, uygulanabilecek silahlı çatışmalar hukukunun tespiti ve hukuki gerekçeleri açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Çalışma kapsamında ilk değerlendirme sonucu, BM'nin çatışmanın tarafı olmasa da farklı statülü bir taraf olarak nitelendirilebileceği ve uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ile mutlak bağlı olduğu noktasıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere barış operasyonlarının türleri birbiri içine geçerek kaybolabilmektedir. Çoğu zaman barış güçleri ateşkesi izleme ve gözleme amacıyla bölgeye gönderilse de kırılğan ve hassas noktada olan barışı sağlama misyonu, tarafların anlaşamaması nedeniyle hızlıca çatışma hâline geri dönebilmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere özellikle Soğuk Savaş sonrası gerçekleştirilen misyonlar, BM Şartı VII. Bölümü de kapsayacak şekilde genişletilmiştir (misyon dönüşümü veya misyon genişlemesi). Bu durumda barış güçleri durumun çatışmaya dönüşmesinden ve misyonun kuvvet kullanımını da kapsayacak şekilde genişlemesinden dolayı her ne kadar *de jure* taraf statüsüne sahip olmasalar da hem BM bildirgeleri hem de silahlı çatışmalar örf ve adet hukuku doğrultusunda çatışma hukuku ile bağlı hâle gelmektedirler.

Barış güçlerinin silahlı çatışmalar hukuku ile bağlı olmadığını ifade etmek, özellikle silahlı çatışmalar örf ve adet hukuku düzenlemelerinin de görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Zira BM'nin silahlı çatışmalar hukuku kapsamındaki yükümlülükleri uluslararası silahlı çatışmalar hukuku hükümleri içinde mevcuttur. Silahlı çatışma hukukuna yönelik bu düzenlemeler silahlı çatışmalar hukukunun uygulanması konusunda tarafların statüsüne yönelik herhangi bir istisnaya yer vermemektedir. Her ne kadar yüzeysel düzenlemeler içerse de BM Genel Sekreterliğinin 6 Ağustos 1999 tarihli Bildirisi ve 1994 tarihli "Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin

Güvenliği Sözleşmesi”, BM barış operasyonlarına silahlı çatışmalar hukukunun uygulanabilirliğini kabul etmektedir. Bildiri, hem BM’nin kendi hukuk sistemi içerisinde kabul edilmiş olması hem de BM’nin silahlı çatışmalar hukuku kapsamındaki yükümlülüklerinden kaynaklanan bağlayıcı normları temsil etmesinden dolayı BM barış personeli için bağlayıcıdır. Bu bağlamda kuvvet mensupları, askerlik hizmetleri boyunca silahlı çatışmalar örf ve adet hukuku ve BM’nin kendi iç düzenlemeleri doğrultusunda taraf statüsünden bağımsız olarak çatışma hukuku ile bağlı olacaklardır.

KAYNAKÇA

- Akande, Dapo, "Classification of Ained Conflicts: Relevant Legal Concepts", in Elizabeth
- Wilmhurst (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford: Oxford Legal Studies Research Paper No 50, 2012.
- Akince, Bora, "Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta
- Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz" *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2021, s.99-114.
- Akkutay, Ali İbrahim, "Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 1, 2016, s.1-62.
- Allard, Kenneth, *Somalia Operations: Lessons Learned*, National Defense University Press,
- Washington DC, 1995, <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/ADA286816.pdf> (E.T. 22 Nisan 2023).
- Azarkan, Ezeli, "Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Birleşmiş Milletler Askeri Operasyonları",
- Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1-2, 2006, s.84.
- Berman, Paul, "When does violence cross the armed conflict threshold? Current dilemmas," *Collegium: news from the College of Europe= nouvelles du Collège d'Europe*, Cilt 43, 2013, s.18-19.
- Chapman, F. Peter, "Ensuring respect: United Nations Compliance With International Humanitarian Law," *Human Rights Brief*, Cilt 17, Sayı 1, 2009, s.2-11.
- Damian, Lilly, "The United Nations as a party to armed conflict: the Intervention Brigade of MONUSCO in the Democratic Republic of Congo (DRC)", *Journal of International Peacekeeping*, Cilt 20, Sayı 3-4, 2016, s.313-341.

- Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- Doyle, W. Michael and Nicholas Sambanis, “The UN Record on Peacekeeping Operations,” *International Journal*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.495-518.
- Duran, Hasan, “Birleşmiş Milletler ve Müdahale,” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2001, s.131-142.
- Duran, Hasan, “Birleşmiş Milletler ve Barışın Korunması,” *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2002, s.124-138.
- Ferraro, Tristan, “The Applicability And Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces,” *International Review of the Red Cross*, Cilt 95, 2013, s.561-612.
- Gawerc, I. Michelle, “Peace-Building: Theoretical and Concrete Perspectives,” *A Journal of Peace Research*, Cilt 31, Sayı 4, 2006, s.435-478.
- Grenfell, Katarina, “Perspective on the Applicability and Application of International Humanitarian Law: the UN Context,” *International Review of the Red Cross*, Cilt 95, 2013, s.645-652.
- Gombar, Alexandra, *Protecting the Peace Without Protecting Civilians: The UN Capstone Doctrine and the Prevention of Genocide*, North Carolina: Chapel Hill, 2016.
- Greenwood, Christopher, “International Humanitarian Law And United Nations Military Operations,” *Yearbook of International Humanitarian Law*, Sayı 1, 1998, s.3-34.
- Gülener, Serdar, “Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış,” *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 32, 2012, s.43-76.
- Halistoprak, Toygar, “Barışı Destekleme Operasyonları”, *Uluslararası İlişkiler Konseyi: Güvenlik Yazıları Serisi*, Sayı 5, 2019.
- Hughes, Geraint, “Blessed are the Peacekeepers?,” *The Commonwealth Journal of International Affairs*, Cilt 106, Sayı 4, 2017, s.365-373.

- Jan Nederveen, Pieterse, “Sociology of Humanitarian Intervention: Bosnia, Rwanda and Somalia Compared”, *International Political Science Review*, Cilt 18, Sayı 1, 1994, s.71-93.
- Keskin, Funda, “Silahlı Çatışmalar Hukukunun BM Kuvvetlerine Uygulanması,” *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 52, Sayı 1, 1997, s.451-452.
- Kritsiotis, Dino, “The Tremors of Tadic”, *Israel Law Review*, Cilt 43, 2012, s.262-300.
- Lambourne, Wendy, Post-Conflict Peacebuilding: Meeting Human Needs for Justice and Reconciliation,” *Journal of Peace, Conflict and Development*, Cilt 31, 2000, s.1-24.
- Leib, Julia and Samantha Ruppel, “The Dance of Peace and Justice: Local Perceptions of International Peacebuilding in West Africa,” *International Peacekeeping*, Cilt 28, Sayı 5, 2021, s.783-812.
- Macak, Kubo and Noam Zamir, “The Applicability of International Humanitarian Law to the Conflict in Libya” *International Community Law Review*, Cilt 14, Sayı 4, 2012, s.403-436.
- Maviş, Volkan, “Yapıcı Adalet Yaklaşımı Olarak Hakikat Komisyonları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 2, 2016, s.349-392.
- Mockaitis, R. Thomas, “From Counterinsurgency to Peace Enforcement: New Names For Old Games? Peace Operations Between War and Peace”, Erwin A. Schmidl (Ed.), London/Portland, Routledge, 1999.
- Murphy, Ray, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operational and Legal Issues in Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Odman, M. Tevfik. Barışı Destekleme Operasyonları,” *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s.68-102.
- Orchard, Phil, “Revisiting Humanitarian Safe Areas for Civilian Protection”, *Global Governance*, Cilt 20, 2014, s.55-75.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, 2017.

- Saura, Jaume, “Lawful Peacekeeping: Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations”, *Hastings Law Journal*, Cilt 58, 2006, s.479-532.
- Scott, P. Sheeran, “Contemporary Issues in UN Peacekeeping and International Law”, *Colchester Unpublished Briefing Paper*, Sayı 1, 2010.
- Shraga, Daphna, “The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law,” *International Peacekeeping*, Cilt 5, Sayı 2, 1998, s.64-81.
- Sloan, James, “The Use of Offensive Force in UN Peacekeeping: A Cycle of Boom and Bust”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Cilt 30, 2006, s.385-452.
- Tiller, S.Johansen, *Defending the UN Agenda: The Peace Effort of the Palestine Conciliation Commission, 1949-1951*, MA thesis, Department of Archaeology, Conservation and History, University of Oslo, 2009.
- Thakur, Ramesh, “From Peacekeeping to Peace Enforcement: The UN Operation In Somalia,” *The Journal of Modern African Studies*, Cilt 32, Sayı 3, 1994, s.387-410.
- Weinberger, Naomi, “Civil-Military Coordination in Peacebuilding. The Challenge in Afghanistan,” *Journal of International Affairs*, Cilt 55, Sayı 2, 2002, s.245-274.
- Whittle, Devon, “Peacekeeping in Conflict: The Intervention Brigade, MONUSCO, and the Application of International Humanitarian Law to United Nations Forces”, *Georgetown Journal of International Law*, Cilt 46, 2014, s.837-875.

DIĞER KAYNAKLAR

- International Committee of the Red Cross, 26th International Conference 1995: Resolution 1, 07-12-1995 Resolution International Humanitarian Law: From Law to Action Report on the Follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims.
- International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law Volume 1, 23. Bölüm (E.T. 14 Şubat 2024).
- ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 11 Nisan 1949.
- ICJ, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Judgment, 27 Haziran 1986.
- ICTY, Prosecutor v Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-1-AR72, 2 Ekim 1995.
- Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/46/185.
- UN, General Assembly, Security Council, 'Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in All Their Aspects', 21 Ağustos 2000.
- UN Security Council, Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great Lakes region, 27 Şubat 2013.
- UN Secretary-General, Report on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, <https://digitallibrary.un.org/record/424039?ln=ru>, (E.T. 8 Şubat 2024).
- United Nations, Principles of Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/principles-of-peacekeeping#:~:text=These%20three%20principles%20are%20inter,and%20defence%20of%20the%20mandate> (E.T. 3 Ağustos 2022) .
- U.N. Doc. S/RES/776, 14 Eylül 1992.
- U.N. Doc. S/RES/751, 24 Nisan 1992.

U.N. Doc. S/RES/775, 28 Ağustos 1992.

U.N. Doc. S/RES/794, 3 Aralık 1992.

U.N. Doc. S/RES/743, 21 Şubat 1993.

U.N. Doc. S/RES/807, 19 Şubat 1993.

U.N. Doc. S/RES/814, 26 Mart 1993.

U.N. Doc. S/RES/872, 5 Ekim 1993.

U.N. Doc. S/RES/912, 21 Nisan 1994.

U.N. Doc. S/RES/929, 22 Haziran 1994.

U.N. Doc. S/RES/998 16 Haziran 1995.

U.N. Doc. S/RES/1925, 28 Mayıs 2010.

U.N. Doc. S/RES/2098, 28 Mart 2013.

U.N. Doc. IT-94-1-T., <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>. (E.T. 12 Şubat 2024).

Report of the Panel on United Nations Peace Operations, A/55/305-S/2000/809, 21 Ağustos 2000, Brahimi Report, https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/a_55_305_e_brahimi_report.pdf. (E.T. 7 Ocak 2024).

Secretary-General's Bulletin Observance by United Nations forces of International Humanitarian Law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

IV Sayılı, Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme, 18 Ekim 1907, http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kara_harbinin_kanunlari_ve_adetleri_hakkinda_sozlesme.pdf, (E.T. 13 Şubat 2024).

Makaleler

Articles

Haksız Fiil Hukuku Bağlamında Cezalandırıcı Tazminat: Tarihsel Gelişimi, Türk Hukukundaki Yeri ve Türk Hukukunda Kullanılmasına İlişkin Bir Öneri

Gölce Ecem UÇAR*

Ömer DEMİRTAŞOĞLU**

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi, ucargulceecem@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0002-7585-3302.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, demirtasogluomer@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0003-1739-5144.

HAKSIZ FİİL HUKUKU BAĞLAMINDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT: TARİHSEL GELİŞİMİ, TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ VE TÜRK HUKUKUNDA KULLANILMASINA İLİŞKİN BİR ÖNERİ

ÖZ

Cezalandırıcı tazminat; İngiltere’de ortaya çıkmış ve günümüzde Birleşik Krallık, ABD ve Avustralya gibi Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde uygulanan, haksız fiilin failinin ortaya çıkan zarardan daha yüksek miktarda bir tazminat ödemeye mahkum edilmesine imkan veren bir kurumdur. Bu yönüyle ortaya çıkan zararın hükmedilecek olan tazminatın üst sınırını oluşturduğu Türk haksız fiil hukukuna uzaktır. Ancak son yıllarda cezalandırıcı tazminat Türk hukukunda da tartışılmaya başlanmış ve cezalandırıcı tazminatı anımsatan bazı hükümler hukukumuzda girmiştir. Bu çalışmada öncelikle cezalandırıcı tazminat kurumunun ortaya çıkışı, söz konusu kuruma yüklenmiş işlevler ve bu kuruma yönelik bazı itirazlar ele alınacaktır. Sonrasında ise cezalandırıcı tazminat kurumunun Türk hukukundaki yeri tartışılacak ve bu bağlamda hukukumuzda yer alan ve cezalandırıcı tazminata benzeyen hükümler incelenecektir. Son olarak da cezalandırıcı tazminatın hukukumuzda nasıl kullanılabileceğine ilişkin bir öneri ileri sürülecektir.

Anahtar Kelimeler: cezalandırıcı tazminat, haksız fiil, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, hakaret suçu.

**PUNITIVE DAMAGES IN THE CONCEPT OF LAW OF
TORTS: ITS HISTORICAL BACKGROUND, POSITION
IN TURKISH LEGAL SYSTEM AND A SUGGESTION
FOR USING IT IN TURKISH LEGAL SYSTEM**

ABSTRACT

The concept of punitive damages, which arose in England and is applied in countries adopting Anglo-American legal system such as the United Kingdom, USA and Australia today, enables the perpetrator of a tort to be awarded to pay a compensation higher than the damage. Regarding this characteristic, it is unfamiliar to Turkish law of torts in which the damage is the limit of the compensation awarded by the court. However, in recent years the concept of punitive damages has been started to be argued in Turkish law and some provisions similar to punitive damages appeared in our legal system. In this study firstly, the arising of the concept of punitive damages, the functions it has and some objections to it are examined. Afterwards, the position of the concept of punitive damages in Turkish legal system is argued and provisions in Turkish legal system similar to punitive damages are analysed. Finally, a suggestion for using punitive damages in our legal system is proposed.

Keywords: punitive damages, tort, Act on Protection of Competition, Act on Intellectual and Artistic Works, crime of defamation.

GİRİŞ

Türk haksız fiil hukukunda genel bir kural olarak tazminat miktarının üst sınırını ortaya çıkan zarar oluşturur. Türk Borçlar Kanunu'nda da bu kuralın yansımaları görülebilmektedir. Örneğin kanunun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesi aşağıdaki gibidir:

Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Görüldüğü üzere kanun koyucu maddede “bu zararı” ifadesini kullanarak tazminatın amacını göstermektedir. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere Türk haksız fiil hukukunda tazminat bir cezalandırma aracı olarak kullanılmaz, tazminatın amacı ortaya çıkan zararın giderilmesidir^[1].

Bu genel kurala rağmen son yıllarda Anglo-Amerikan kökenli bir kurum olan cezalandırıcı tazminat, bizim hukukumuzda da tartışılmaya başlanmış ve ortaya çıkan zarar miktarından daha fazla bir tazminata hükmedilmesine imkan tanıyan bazı hükümler hukukumuzda girmiştir.^[2] Bu çalışmada da öncelikle cezalandırıcı tazminat kurumunun Anglo-Amerikan Hukukunda ortaya çıkışı, bu hukuk düzenlerinde söz konusu kuruma yüklenmiş işlevler ve bu kuruma yönelik bazı itirazlar ele alınacaktır. Sonrasında ise cezalandırıcı tazminat kurumunun Türk hukukundaki yeri tartışılacak ve bu bağlamda hukukumuzda yer alan ve ortaya çıkan zarar miktarından daha fazla bir tazminata hükmedilmesine imkan tanıyan hükümler^[3] incelenecektir. Söz konusu hükümlerin konulma amaçları da göz önünde tutularak bu hükümler uyarınca hükmedilebilecek olan tazminatların cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusuna cevap verilmeye çalışılacaktır. Daha sonra yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan cezalandırıcı tazminat kararlarının Türk mahkemeleri tarafından tenfiz edilip edilemeyeceği

[1] Sefa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2004, s.181.

[2] M. Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu-Yılmaz, “Bir Anglo–Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 141, 2019, s.327.

[3] *Ibid.*

tartışılacaktır. Çalışmanın sonunda ise cezalandırıcı tazminat kurumunun Türk hukukunda nasıl kullanılabileceğine ilişkin bir öneri getirilecektir.

I. GENEL OLARAK CEZALANDIRICI TAZMİNAT

A) CEZALANDIRICI TAZMİNAT KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

1- Eski Hukuk Metinlerinde Cezalandırıcı Tazminata Benzer Düzenlemeler

Çok eski bazı hukuk metinlerinde uğranılan zarardan daha fazla bir tazminatın ödenmesini öngören ve bu yönüyle cezalandırıcı tazminat kurumunu anımsatan bazı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Örneğin Musa Kanunu'nda yer alan “Bir kimsenin bir öküz ya da koyun çalması ve bunu [çaldığını] öldürmesi ya da satması halinde, [fail] bir öküze karşılık beş öküz, bir koyuna karşı ise dört koyun iade edecektir.” kuralı veya Hammurabi Kanunları'nda yer alan öküz, koyun, eşek, domuz ya da keçi çalan kişinin otuz kat tazminat ödemesine ilişkin kurallar cezalandırıcı tazminatın ilk örneklerini oluşturmaktadır^[4]. Yine Roma Hukuku'nda yer alan ve hem zararın giderilmesine hem de haksız fiilin failinin cezalandırılmasına yönelik olan tazminatlar da cezalandırıcı tazminat örnekleri olarak değerlendirilebilir^[5].

2- İngiltere'de Cezalandırıcı Tazminatın Ortaya Çıkışı

Modern anlamda ise cezalandırıcı tazminat kurumunun İngiltere'de ortaya çıktığı görülmektedir. Bu kurumun ortaya çıkışı hakkında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre 17. yüzyılda jürilerin verdiği kararların temyiz mahkemelerince denetlenmesine başlanmasıyla, bazı tazminat kararları aşırı bulunmuş ve jürilerin verdiği bu kararlar, temyiz mahkemeleri tarafından bozulmaya başlanmıştır. Ancak jüriler, hükmettikleri tazminatın zararı aşan kısmının haksız fiilin failini cezalandırma amacı taşıdığını ileri sürerek temyiz mahkemelerince kararlarının bozulmasını engellemeye çalışmışlardır^[6]. Böylece failin cezalandırılması amacıyla tazminata hükmedilmesi fikri

[4] *Ibid*, s.328.

[5] Talya Şans Uçaryılmaz ve Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 2, 2020, s.837.

[6] Selin Özden-Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012, s.60.

doğmuştur. Bu konudaki ikinci görüş ise, haksız fiile maruz kalan kişinin yaşadığı elem, acı ve ıstırapın telafi edilmesi için ortaya çıkan maddi zarardan daha çok miktarda tazminata hükmedilmesiyle bu kurumun geliştiğini savunur^[7]. Yani bu görüşe göre aslında cezalandırıcı tazminat, günümüzdeki manevi tazminatın amacını gerçekleştirmek için ortaya çıkmıştır. Üçüncü bir görüşe göre ise cezalandırıcı tazminat, kişi haklarına verilen zararlarda ceza hukukunun öngördüğü yaptırımların hafif kalmasını özel hukuk yaptırımıyla telafi etme isteğinden doğmuştur^[8].

Cezalandırıcı tazminat terimi, İngiltere’de ilk defa 1763 yılında görülen bir davada kullanılmıştır. *Huckle v. Money*^[9] adlı davada, davacı Huckle’ın evi krala bağlı memurlar tarafından yasalara aykırı bir biçimde aranmıştır. Bu aramadan dolayı zarar gören Huckle ise memurlara karşı dava açmıştır. Yapılan yargılama sonucunda mahkeme Huckle’ın gördüğü zarar 20 pound olmasına rağmen 300 poundluk bir tazminatın ödenmesine hükmetmiştir^[10]. Aynı yıllarda görülen *Wilkes v. Wood*^[11] davasında da yine cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş ve kararda tazminatın işlevinin sadece verilen zararın tazmin edilmesi değil, aynı zamanda failin cezalandırılması da olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu davanın konusunun da yine memurlar tarafından kişinin evinin haksız bir şekilde aranmasına ilişkin olması dikkat çekicidir^[12].

Bu iki davadan sonra İngiltere’de mahkemeler çeşitli davalarda cezalandırıcı tazminatlara hükmetmişlerdir. Bu süreçte hükmedilen cezalandırıcı tazminatlar için bir açıklama yapma ihtiyacı duyan mahkemeler, söz konusu kurumun o zamanki hukukta öngörülmeven manevi zararların tazmini ve zarar veren kişiden intikam alınmasını sağlayarak kamu düzeninin korunması amaçlarına hizmet ettiğini savunmuşlardır^[13]. Bu açıklamalara bakıldığında cezalandırıcı tazminatın, o dönemlerde manevi tazminat ve ceza müeyyidesi

[7] *Ibid*, s.61.

[8] *Ibid*.

[9] *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768 C.P. (1763).

[10] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.62.

[11] *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489, 498-99 C.P. (1763).

[12] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.62-63.

[13] *Ibid*, s.63.

kurumlarının bir karışımı olarak değerlendirildiği ve bu iki kurumun amaçlarını gerçekleştirmek için kullanıldığı görülmektedir.

1964 tarihli *Rookes v. Bernard*^[14] davası cezalandırıcı tazminatın sistematik bir hale getirilmesinde önemli rol oynamıştır. Bu davada karar veren Lordlar Kamarası, cezalandırıcı tazminat için bir sınır çizerek sadece üç halde cezalandırıcı tazminatın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu üç halden ilki kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi ve anayasaya aykırı davranışlarda bulunması sonucu bir zararın meydana gelmesidir^[15]. Cezalandırıcı tazminat teriminin kullanıldığı ilk davalar olan *Huckle v. Money* ve *Wilkes v. Wood* davalarında bu durum söz konusudur. İkinci hal; zarar verenin bu zararı tazmin etmesi gerekeceğini bildiği halde, ödeyeceği tazminattan daha fazla bir fayda elde edeceğini düşünerek zarara sebebiyet vermesidir. Özellikle şeref ve haysiyetin ihlali ile kiracıların haksız yere taşınmazdan çıkarılması hakkındaki davalar bu kategori altında değerlendirilmektedir^[16]. Bu durumda da aslında zarar verenin dürüstlük kuralına aykırı olan davranışının cezalandırıldığı düşünülebilir çünkü haksız fiilin faili hukuka aykırı bir fiili işleyerek kendisine yarar elde etmeye çalışmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın söz konusu olabileceği üçüncü hal ise kanunun zarardan daha fazla tazminata hükmedebileceğini açıkça öngördüğü durumlardır. Bu nitelikte hükümler İngiliz kanunlarında çok fazla bulunmasa da bazı örnekler mevcuttur. Örneğin 1951 tarihli Koruma ve Yardımcı Kuvvetler Kanunu'nda ve 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu'nda bu yöndeki düzenlemelerin varlığına rastlanır^[17]. Lordlar Kamarası'nın *Rookes v. Bernard* davasında yaptığı bu sınırlama doktrinde kategori testi olarak adlandırılmaktadır^[18]. Bu test mahkemeler ve Anglo-Amerikan hukuk

[14] *Rookes v. Bernard (No 1)*, UKHL 1 (1964).

[15] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.331.

[16] *Ibid*, s.332.

[17] Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14-15/65/section/13> (E. T. 26.03.2024), madde 13.
Copyright, Designs and Patents Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/97> (E. T. 26.03.2024), madde 97.

[18] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.332.

sistemine dahil olan diğer devletler tarafından eleştirilere maruz kalsa da İngiltere'de hala geçerliliğini sürdürmektedir^[19].

İngiliz mahkemeleri tarafından kategori testi haricinde başka ölçütler de getirilerek cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek durumların sınırlandırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Örneğin cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle haksız fiilin failinin yaptığı eylemin cezalandırılmaya değer, yani kınanabilir nitelikte olması aranmaktadır. Bu bağlamda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için fiilin bilerek ve istenerek yani kastla işlenmiş olması aranmaktadır^[20]. Ayrıca hükmedilecek telafi edici tazminatın faili cezalandırmaya yetecek nitelikte bulunması, davalının aynı eylemi için ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almış olması, haksız fiil sonucunda birden fazla kişinin zarar görmesi, davalının iyiniyetli olması ve cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin davalının ekonomik mahvına yol açacak nitelikte bulunması söz konusu tazminata hükmedilmesini engelleyen durumlardır^[21].

3- ABD'de Cezalandırıcı Tazminatın Ortaya Çıkışı

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat kurumunun ortaya çıkışı ise İngiltere'den 21 yıl sonra gerçekleşmiştir. 1784 yılında görülen *Genay v. Norris*^[22] davasında cezalandırıcı tazminat kavramı açıkça zikredilmiştir. Olayda, davalı beraber içki içerlerken davacının içkisine şaka yapmak amacıyla bir madde atmış ve bu madde davacının hastalanmasına ve bu nedenle bir zarara uğramasına sebep olmuştur. Kararda davacı lehine cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir^[23].

İlerideki yıllarda da cezalandırıcı tazminat kurumu Amerikan mahkemeleri tarafından yaygın bir biçimde kabul edilmiştir. 1960'lı yıllarda özellikle ürün sorumluluğu bakımından cezalandırıcı tazminatın daha yaygın bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Amerikan mahkemeleri bu davalarda

[19] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.64.

[20] *Ibid*, s.104.

[21] *Ibid*, s.104-110.

[22] *Genay v. Norris*, S.C.L. (1 Bay) 6, 7 (1784).

[23] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.65-66.

cezalandırıcı tazminata hükmetmek için zarar verenin kasıtlı veya ağır kusurlu olmasını aramaktadır^[24].

Ancak Amerika'da cezalandırıcı tazminat kurumu her eyalette kabul edilmemektedir. Söz konusu kurumunu tamamen reddeden beş eyaletin yanında bu kurumu ancak kanunun açıkça öngörmüş olduğu hallerde kabul eden eyaletler de bulunmaktadır^[25]. Bugün için cezalandırıcı tazminat; İngiltere, bazı eyaletler hariç ABD, Yeni Zelanda, Avustralya gibi Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil olan devletlerde uygulanmaktadır^[26].

B) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İŞLEVİ

Cezalandırıcı tazminatın sistematik bir şekilde ilk defa ele alındığı *Rookes v. Bernard* davasında bu kurumun işlevine ilişkin bazı açıklamalar da yapılmıştır. Kararda mahkeme bu tazminatın, failin yaptığına yanına kar kalmayacağına gösterilmesi ve benzer fiilleri işleyecekler için adeta bir ibret niteliğinde olması amaçlarına yönelik verildiğini ifade etmiştir^[27]. Bu açıklamalarda öne sürülen amaçlar, ceza müeyyidesinin doğurduğu özel ve genel önleme etkilerine benzemektedir. Gerçekten de özel önleme cezanın suçu işleyen kişiyi yeni bir suç işlemekten alıkoyma etkisiyken genel önleme ise cezanın ülkedeki herkesi genel olarak bir suç işlemekten alıkoyma etkisidir^[28]. Mahkemenin *Rookes v. Bernard* davasında cezalandırıcı tazminat için öngördüğü amaçların da bu etkileri yaratmaya elverişli olduğu söylenebilir.

C) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Cezalandırıcı tazminatın ortaya çıkış yeri olan İngiltere'deki mevcut uygulamada, cezalandırıcı tazminat miktarı jüriler tarafından hesaplanmaktadır. Çünkü jürilerin o somut olayda, örnek niteliği taşıyacak bir tazminata

[24] Güleryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.335-336.

[25] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.67-69.

[26] Büşra Cömert-Akbay, "Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası," *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* Cilt 4, Sayı 2, 2018, s.150.

[27] Güleryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.335-337.

[28] Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018, s.434.

ihtiyaç duyulup duyulmadığını daha iyi tespit edebilecekleri ve miktarın jüri tarafından hesaplanmasının vatandaşlar için bir güvence oluşturacağı düşünülmektedir^[29].

Miktarın hesaplanması konusunda ise net ölçütler mevcut değildir. Ancak mahkeme kararları ile cezalandırıcı tazminatların hesaplanmasında yararlanılabilecek bazı ilkeler getirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* davasında, polisin hukuksuz bir şekilde kişi hürriyetini sınırlaması sebebiyle ortaya çıkan zararlarda hükmedilebilecek cezalandırıcı tazminatlara ilişkin ilkeler ortaya konmuştur^[30]. Bu davada mahkeme, davacının zararı zaten hükmedilen telafi edici tazminatla karşılanacağı için cezalandırıcı tazminatın miktarının davalının durumu göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Bunun dışında cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için en az 25.000 poundluk bir telafi edici tazminata hükmedilmiş olması gerektiğine işaret etmiştir. Ayrıca cezalandırıcı tazminatın 5000 pounddan az olmaması gerektiği aksi halde ortada cezalandırıcı tazminatı gerektirecek derecede kınanabilir bir fiil olamayacağını vurgulamıştır. Aynı zamanda hükmedilecek olan cezalandırıcı tazminat miktarını 50.000 poundla sınırlamıştır. Ancak mahkeme bu ilkelerin her davaya uyabilecek ilkeler olmadığını, yalnızca somut olaydaki gibi kişinin hürriyetinden hukuka aykırı şekilde yoksun bırakıldığı dava gruplarında uygulanabileceğini de belirtmiştir^[31].

ABD’de de hükmedilen cezalandırıcı tazminatların miktarının jüri tarafından hesaplandığı görülmektedir. Ancak İngiltere’den farklı olarak ABD’de tazminatın miktarının hesaplanmasına yönelik ilkeler belirlenmemiştir, bu sebeple jüriler tazminat miktarının belirlenmesi konusunda daha esnek davranabilmektedir. Bu durum da ABD’de hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarları açısından daha çarpıcı örneklerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Örneğin ürün sorumluluğu sebebiyle hükmedilen cezalandırıcı tazminatlarda göze çarpan iki dava bulunmaktadır. Bunlardan ilki, *Liebeck v. McDonald’s Restaurants* davasıdır^[32]. Olayda McDonald’s’tan aldığı kahvenin

[29] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.115.

[30] *Ibid*, s.116.

[31] *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, EWCA Civ J0219-3 (1997).

[32] *Liebeck v. McDonald’s Restaurants* 1995 WL 360309 (1994).

kapağını açarken kahve üzerine dökülen ve bu nedenle vücudunda ciddi yanıklar oluşan müşteri, McDonald's'a karşı tazminat davası açmıştır. Davada 160.000 dolar telafi edici tazminatın yanında, jüri tarafından McDonald's'ın iki günlük kahve satış cirosu olan 2,86 milyon dolar tutarında cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Bir diğer çarpıcı örnek olan *Philip Morris USA v. William* davasında ise davacı, eşinin sigara içmenin güvenli ve sağlığa zararsız olduğu konusunda ikna edildiği ve bu sebeple akciğer kanserinden dolayı yaşamını kaybettiği iddiasındadır^[33]. Mahkeme davacının bu iddiasını haklı bulmuş ve 821.000 dolar telafi edici tazminata ek olarak 79,5 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir^[34]. Görüldüğü üzere ABD'de jüriler davalının ekonomik durumunu da dikkate alarak çok fazla miktarda cezalandırıcı tazminata hükmedebilmektedirler.

ABD'deki bu uç örneklerle rağmen bazı eyaletlerde hükmedilebilecek cezalandırıcı tazminatların miktarlarına ilişkin kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu kanun maddeleri, somut olayda kararlaştırılacak cezalandırıcı tazminat miktarını hükmedilen telafi edici tazminat miktarının iki veya üç katı ile sınırlamaktadır^[35].

Sonuç olarak İngiltere'de ve ABD'de, cezalandırıcı tazminatın miktarının hesaplanmasına ilişkin çeşitli kurallar ve ilkeler mahkeme kararları veya kanun hükümleri yoluyla getirilmiş olsa da genel olarak tespit edilecek cezalandırıcı tazminat miktarlarının öngörülemez bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Hükmedilen miktarların somut olaya göre gözle görülür bir şekilde değişebilmesi mümkündür, bu hususta mahkemeler geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

D) CEZALANDIRICI TAZMİNATA KARŞI GÖRÜŞLER

Cezalandırıcı tazminatın ortaya çıktığı İngiltere'de ve bu kuruma sıkça başvuru ABD'de cezalandırıcı tazminata yönelik birçok eleştiri de getirilmektedir.

[33] *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S.346 (2007).

[34] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.335-336.

[35] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.132.

Cezalandırıcı tazminata ilişkin en temel eleştiri, bu kurumun medeni hukuk ve ceza hukukunun işlevini karıştırmakta olduğu yönündedir^[36]. Bu görüşe göre tazminat medeni hukuka ait bir kurumdur ve cezalandırma amacı gütmemelidir, yalnızca telafi edici nitelikte olmalıdır. Cezalandırma işlevi ceza hukukunda yer alan cezai müeyyideler tarafından yerine getirilmelidir.

Bu konudaki bir başka eleştiri ise ceza muhakemesi ile hukuk muhakemesi arasındaki farklardan yola çıkmaktadır. Bu farklardan birincisi, ceza muhakemesinde cezalandırılması istenen sanık için koruyucu hükümlerin mevcut olmasıdır. Bu hükümlere örnek olarak duruşmada son sözün sanığa verilmesi, cezası belli sınırı aşan suçlarda sanığa bir müdafî atanmasının zorunlu olması ve müdafî yardımı olmadan bazı kararların verilememesi gösterilebilir. Ancak hukuk muhakemesinde bu nitelikte koruyucu hükümler mevcut değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ceza muhakemesindeki koruyucu düzenlemelerin yer almadığı bir hukuk muhakemesi sonucunda, özü itibarıyla cezai nitelikte olan cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi adil değildir^[37]. Bu farklardan ikincisi ise ceza muhakemesinde ve hukuk muhakemesinde hakimin rolüne ve ispat şartlarına ilişkindir. Gerçekten de hukuk muhakemesinde taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, hakim, kararını; tarafların getirdiği delillere dayanarak vermek zorundadır. Ayrıca hukuk muhakemesinde, bazı olgular sadece bazı nitelikteki delillerle ispat edilebilir^[38]. Hakim de bazı delillerle bağlıdır^[39]. Oysa ceza muhakemesinde hakimin re'sen olayları araştırması ilkesi geçerli olduğu gibi hakim hiçbir delille bağlı da değildir^[40]. Bu özelliklerinden dolayı ceza hukukunda maddi gerçekliğe ulaşmanın daha muhtemel olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla bu görüş, ceza muhakemesinin ispat serbestisine ilişkin özelliklerini taşımayan

[36] Güleriyüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.338.

[37] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.159.

[38] Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi, belli tutarı aşan hukuki işlemler için senetle ispat kuralı getirmiştir.

[39] Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205. maddesi, adi senetlerin kesin delil niteliğinde olduğunu düzenlemektedir.

[40] Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, 20. Baskı, 2020, s.199-200.

bir hukuk muhakemesi sonucunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini de adil bulmamaktadır^[41].

Cezalandırıcı tazminata yöneltilen diğer bir eleştiri ise, haksız fiil sonucunda birden çok kişinin zarar görmesi ihtimaline ilişkindir. Bu ihtimalde, haksız fiilin failine karşı daha önce dava açmış olan kişiye bir cezalandırıcı tazminat ödenmesi ve bunun sonucunda haksız fiil failinin malvarlığının önemli ölçüde azalması söz konusu olabilir. Bu sebeple haksız fiil failine sonradan dava açan kişilerin davalının ekonomik durumu sebebiyle, uğradıkları zararları karşılayacak kadar bile tazminat elde edememesi muhtemeldir. Bu durumun da haksız fiilden zarar görenler arasında bir adaletsizlik yaratacağı öne sürülmektedir^[42].

Cezalandırıcı tazminata yönelik başka bir eleştiri ise birçok devletin anayasasında kabul edilmiş olan kişinin aynı fiilden dolayı birden fazla kere cezalandırılması yasağına ilişkindir. İşlenen haksız fiilin aynı zamanda bir suç niteliğini taşıdığı durumlarda, haksız fiil failinin hem ceza mahkemesinde yargılanıp bir cezai müeyyide ile karşılaşması hem de kendisine karşı açılmış olan hukuk davasında cezalandırıcı tazminata mahkum edilmesi mümkün olabilecektir. Bu durum da aynı fiilden dolayı birden fazla kere cezalandırılma yasağına aykırı olacaktır^[43].

Görüldüğü üzere cezalandırıcı tazminat hakkında, bu kurumun ortaya çıktığı Anglo-Amerikan ülkelerinde bile fikir birliği sağlanamamıştır. Cezalandırıcı tazminat kurumu, halen ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır.

II. TÜRK HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT

A) KANUNLARIMIZDA YER ALAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT BENZERİ BAZI DÜZENLEMELER

Türk hukukunda, ortaya çıkan zarardan daha fazla bir miktarın veya bu zarardan bağımsız olarak belirli bir miktarın tazminat olarak ödenmesini öngören bazı hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin bir kısmı sözleşme

[41] David G. Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform," *Villanova Law Review*, Sayı 39, 1994, s.382- 383.

[42] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.160.

[43] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.339.

ilişkileri ile ilgilidir. Örneğin icra ve iflas hukukunda yer alan icra inkar tazminatı^[44] ile hizmet sözleşmelerinde işverenin sözleşmeyi haksız fesihmesi durumunda ödemesi gereken tazminat^[45] bu gruptadır. Dolayısıyla bu hükümlerde öngörülen tazminatlar haksız fiillere karşı bir yaptırım niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple söz konusu hükümler bu yazıda incelenmeyecektir.

Hukukumuzda haksız fiillere karşı bir yaptırım niteliği taşıyan, zarar miktarından daha fazla bir tazminata karar verilmesine imkan tanıyan ve bu yönüyle cezalandırıcı tazminatı andıran iki adet düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesi ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 58. maddesidir^[46].

1- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 68. Madde

5 Aralık 1951 tarihli, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

3. Mali haklara tecavüz halinde:

Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden,

[44] 9 Haziran 1932 tarihli, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.”

[45] 12 Ocak 2011 tarihli, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 434. maddesi şu şekildedir:

“Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.”

[46] Metin Demirci, Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2019, s.48-50.

izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bazı yazarlar, farazi sözleşme görüşüne dayanarak, bu maddenin sözleşmesel bir sorumluluğu düzenlediği görüşündedirler. Ancak maddede düzenlenen sorumluluğunun bir haksız fiil sorumluluğu niteliği taşıdığını düşünen yazarlar da mevcuttur^[47]. Kanaatimizce de hak sahibi ile bu hakka tecavüz eden arasında bir anlaşma söz konusu olmadığı için bu maddenin haksız fiil sorumluluğunu düzenlediği kabul edilmelidir.

Maddeye bakıldığında “eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma” ileten kişilerin ödeyeceği tazminatın miktarının hak sahibi ile sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin veya bu kanun uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin üç kat fazlasına kadar olabileceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise izinsiz çoğaltılan kopyaların henüz satılmaması halinde bu kopyaları çoğaltan kişinin hak sahibi ile aralarında sözleşme olsaydı ödeyeceği miktarın üç kat fazlasına kadar bir tazminata mahkûm edilebileceği düzenlenmektedir.

Her iki durum için de hak sahibi ile sözleşme yapılması halinde istenebilecek bedel, hak sahibinin yoksun kaldığı kar yani uğradığı zarar olarak yorumlanabilir. Tazminat da bunun üç kat fazlasına kadar belirlenecektir. Dolayısıyla bu haksız fiili işleyen kişi, ortaya çıkan zarardan daha fazla miktarda bir tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Bu sebeple söz konusu hükümlerde belirlenmiş olan tazminatın cezalandırıcı tazminat niteliği taşıdığı düşünülebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, madde hükmünde tazminata hükmedilmesi için kusur şartının aranmamış olmasıdır. Yazının önceki bölümlerinde anlatıldığı üzere, cezalandırıcı tazminata,

[47] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.218-219.

kınanması gereken bir davranışta bulunarak bir başkasına zarar veren kişinin cezalandırılması amacıyla başvurulur. Günümüzde ise kınanabilirliğin ölçütü, kişinin davranışta bulunurken sahip olduğu kusurdur. Dolayısıyla kusuru olmayan kişinin de tazminata mahkûm edilmesine imkan veren Fikri ve Sinaî Haklar Kanunu'nun 68. maddesindeki hükümlerde öngörülen tazminat, cezalandırıcı tazminatın temel mantığına uygun düşmemektedir.

Öğreti tarafından da bu hükümler cezalandırıcı tazminatın örnekleri olarak görülmemektedir, zira kusur şartının aranmamasıyla cezalandırıcı tazminatın ayırt edici özelliği olan cezalandırma amacından sapıldığı görüşü kabul görmektedir^[48]. Dolayısıyla hakim görüşün bu tazminatların dogmatik bir kategori içinde değerlendirilemeyeceğini savunduğunu söylemek mümkündür^[49].

2- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 58. Madde

7 Aralık 1994 tarihli, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57. maddesi şu şekildedir:

“Tazminat Hakkı

Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.”

Kanununun tazminat miktarının belirlenmesini düzenleyen 58. maddesi ise şu şekildedir:

“Zararın Tazmini

Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören

[48] *Ibid*, s.220-221.

[49] Güleriyüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.335-336.

teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.”

Öğretide yaygın görüş, 58. maddenin rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunu düzenlediği yönündedir^[50].

57. ve 58. maddeler birlikte ele alındığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan hükümleri anlaşma, karar veya ağır ihmalin olduğu bir davranışla ihlal edenlerin, ortaya çıkan maddi zararın veya zarara neden olanların elde ettiği veya etmesi muhtemel olan karların üç katı tutarında bir tazminata mahkûm edilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Yani Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesinde olduğu gibi cezalandırıcı tazminatın mantığına uygun olarak ortaya çıkan zarar miktarından daha fazla bir tazminata hükmedilebilmektedir.

Ancak bu maddede yer alan tazminat düzenlemesinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan düzenlemeden önemli bir farkı vardır. Bu fark, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’daki düzenlemede, tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusurunun aranmış olmasıdır^[51]. Hükümde yer alan “*ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa*” şeklindeki ifadede “*ağır ihmal*” açık olarak kusurluluğu ortaya koyarken, “*tarafların anlaşması veya kararı*”nın da zarar verenin kastı anlamına gelerek kusurluluğa işaret ettiği öğretide kabul görmektedir^[52].

Özet olarak bu madde uyarınca üç kat tazminata hükmedilebilmesi için haksız fiilde bulunan kişinin ağır ihmali veya kastı aranmaktadır. Dolayısıyla burada kusurun ön plana alındığı görülmektedir. Bu durum da cezalandırıcı tazminatın, kınanması gereken davranışlara karşı bir yaptırım olarak uygulanması özelliği ile uyusmaktadır.

[50] Cömert-Akbay, *op. cit.*, s.159.

[51] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.351.

[52] Demirci, *op. cit.*, s.52.

Öğretide de bu hükmün cezalandırma, caydırma ve önleme amaçlarına hizmet ettiği, bu sebeple de cezalandırıcı tazminatın Türk hukukundaki en bariz örneği olduğu öne sürülmektedir^[53]. Ayrıca bu hükmü medeni ceza, özel hukuk cezası, cezai şart veya cezai tazminat olarak adlandıran yazarların mevcut olduğu da hatırlatılmalıdır^[54].

B) YABANCI MAHKEMELERİN VERMİŞ OLDUĞU CEZALANDIRICI TAZMİNAT KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ

Bu noktada, Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil ülkelerde çokça başvurulmuş cezalandırıcı tazminat kurumunun Türkiye'de uygulanabilirliği konusu üzerinde durmak faydalı olacaktır. Bilindiği üzere yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olan bir eda hükmünün Türkiye'de icra edilebilmesi için öncelikle bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tenfiz edilmesi gerekir.^[55] Yabancı mahkemelerin verdiği kararların Türkiye'de tenfiz edilmesine ilişkin kurallar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 50. ila 59. maddeleri arasında yer almaktadır. Bir yabancı mahkeme kararının tenfiz edilme şartlarını düzenleyen kanunun 54. maddesi şu şekildedir:

Tenfiz şartları

MADDE 54 – (1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir:

- a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.
- b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.
- c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

[53] Güteryüz ve Zorluoğlu-Yılmaz, *op. cit.*, s.352.

[54] Cömert-Akbay, *op. cit.*, s.160.

[55] Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, Seçkin, 6. Baskı, s.507.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Maddenin c bendinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması tenfiz şartlarından biri olarak belirtilmiştir. Bu noktada, yabancı mahkemelerin cezalandırıcı tazminatın ödenmesine hükmettiği kararların Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı ve dolayısıyla böyle kararların Türkiye’de tenfiz edilip edilemeyeceği soruları akıllara gelebilir.

MÖHUK’un 54. maddesinde, yabancı mahkemenin verdiği hükmün kamu düzenine aykırı olduğunu değerlendirmek hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak hakim bu “takdir yetkisini kullanırken milletlerarası özel hukukun varlık sebebini ve bu hukukun genel prensiplerini” göz önünde bulundurmalıdır^[56]. Milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni müdahalesi istisnai bir yol olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle, verilen hükmün kamu düzenine açıkça aykırı sayılması için bu hükmün uygulanmasının tahammül edilemez sonuçlara yol açması gerekir. Bu durum da yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün anayasanın veya Türk hukuk sisteminin temel ilkelerine aykırılık teşkil etmesi durumunda ortaya çıkabilir. Dolayısıyla Türk hukukundaki yer alan kurallara uymayan her hüküm, kamu düzenine aykırı sayılmamalıdır^[57].

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının bu nitelikleri de göz önüne alındığında cezalandırıcı tazminatın Türk hukuk sisteminde sıkça başvurulan bir kurum olmamasının, tek başına kamu düzenine aykırılık sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilen kararların tenfiz edilmemesi için bir sebep olamayacağı görülür. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere cezalandırıcı tazminat kavramı Türk hukukuna tamamen yabancı bir kavram değildir. Makalede bahsedilen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemeler dışında İcra ve İflas Kanunu, İş Kanunu gibi kanunlarda da tazminat ödeyen kişiyi cezalandırma

[56] *Ibid*, s.542.

[57] *Ibid*, s.542- 543.

amacını güden çeşitli düzenlemelerimiz bulunmaktadır^[58]. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat ödenmesine ilişkin bir yabancı mahkeme kararının ancak cezalandırıcı tazminatın çok fahiş nitelikte olması ve tazminat ödeyen kişinin ekonomik anlamda mahvına yol açarak mülkiyet hakkının ihlali niteliği taşıması durumunda kamu düzenine açıkça aykırılık sebebiyle tenfiz edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

III. TÜRK HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT KURUMUNUN KULLANILMASINA İLİŞKİN BİR ÖNERİ

Yukarıda da belirtildiği üzere cezalandırıcı tazminatın amacı, karşı tarafın zararını gidermek değil, haksız fiilin failini cezalandırmaktır^[59]. Bu sebeple cezalandırıcı tazminat kurumunun hukukumuzda mevcut olan bazı cezai müeyyidelerin yerini alabilecek şekilde kullanılabileceği kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve cezası görece hafif olan bazı suçlar için özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların verilmesi pek de adil bulunmamaktadır. Her ne kadar bu tip suçlardan dolayı hüküm giymiş kişiler, infaz rejimimizden dolayı cezaevine girmese de bu suçlar adli sicillere işlenmektedir veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının^[60] verilmesiyle kişi belirli bir süre denetim yükümlülüğü altında tutulmaktadır^[61]. Biz bazı suçlar için bu hukuki sonuçların ortaya çıkmasının da ağır olduğu düşün-

[58] Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni,” *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 40, Sayı 1, 2020, s.195.

[59] Özden-Merhacı, *op. cit.*, s.62-63.

[60] AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, T. 01.06.2023 sayılı kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14 numaralı fıkralarını iptal etmiştir. Ancak bu iptal kararının uygulanması, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasının üzerinden bir yıl geçtikten sonra, yani 01.08.2024 tarihinden sonra yürürlüğe gireceği için ilgili hükümler halen uygulama alanı bulmaktadır.

[61] 5271 sayılı, 4 Aralık 2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kısımları şu şekildedir:

“(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün

cesindeyiz. Kanaatimizce; bu nitelikteki fiillerin, bir kanun değişikliğiyle

açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının

suç olmaktan çıkarılması ve hukuk mahkemelerinde görülecek davalarda cezalandırıcı tazminatlara hükmedilerek söz konusu bu fiilleri işleyen fail-lerin bu yolla cezalandırılması isabetli olacaktır^[62]. Bu noktada hakaret suçu üzerinden bir değerlendirme yapmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz. Türk Ceza Kanunu'nun hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

Maddeden de anlaşıldığı üzere hakaret suçunun basit hali görece hafif bir cezayı gerektirmektedir çünkü suç için öngörülen müeyyide 3 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Ancak suç olarak düzenlendiği için her ne kadar bu suçun faili ceza infaz kurumuna girmeyecek olsa da fail hakkında cezai soruşturma yapılmakta ve yine fail, ceza mahkemelerinde açılan davada sanık sıfatıyla yargılanmaktadır.

Hakaret eden kişinin cezai sorumluluğunun yanında hukuki bir sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Hakarete uğrayan kişi, hukuk mahkemelerinde

infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. (Bu fıkra AYM'nin 20.07.2022 tarihli kararıyla 9 ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir.)

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

[62] Tuğçe Oral ve Eylem Baş, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 53, 2023, s.496.

dava açarak maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilecektir. Kanaatimizce, hakaret eden kişinin cezalandırılması amacının da cezalandırıcı tazminata başvuru olarak, hukuk mahkemelerinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bunun için öncelikle hakaretin suç olmaktan çıkarılması, yani Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Bundan sonra ise hakaret fiilinin işlenmesi halinde hakarete uğrayan kişinin zararından daha fazla bir miktarda tazminata hükmedilmesini yani cezalandırıcı tazminatı mümkün kılan bir kanun hükmünün yürürlüğe konulması gerekecektir. Böylece hakaret eden kişi hem özgürlüğünü kaybetme ya da adli siciline bir suç kaydı işlenmesi riskinden kurtulacak, hem de bir cezai soruşturma süreci geçirme ve süreç sonrasında açılan ceza davasında sanık sıfatıyla yargılanma ihtimaliyle karşı karşıya kalmayacaktır. Ancak, bu kişi, telafi edici tazminatın yanında cezalandırıcı tazminat da ödemeye mahkûm edileceği için cezanın genel ve özel önleme işlevlerinden de vazgeçilmiş olmayacaktır. Çünkü cezalandırıcı tazminatın niteliği gereği, hakaret eden kişinin işlediği fiilin sonucunda, özel hukuk bağlamında da olsa, cezai bir sonuca katlanması gerekecektir.

Hakaretin suç olmaktan çıkarılması ve cezalandırıcı tazminatı gerektiren bir haksız fiil olarak düzenlenmesinin ekonomik durumu iyi olan kişiler açısından caydırıcı olmayacağı ve bu sebeple hakaret fiillerini engelleyemeyeceği savunulabilir^[63]. Hakaret için cezalandırıcı tazminat öngören kanun hükmünde tazminatın miktarının hakaret eden kişinin maddi durumuyla orantılı olarak belirlenmesi yoluyla bu sorunun üstesinden gelinebileceği kanaatindeyiz. Örneğin hakaret eden kişinin 3 aylık kazancının cezalandırıcı tazminat olarak ödeneceğini düzenleyen bir hüküm belirlenebilir. Böyle bir belirleme yapılması durumunda cezalandırıcı tazminat, maddi durumu ne olursa olsun herkes açısından aynı derecede can acıtıcı olacağı için herkes açısından caydırıcılığın sağlanması mümkün olacaktır. Tazminat miktarının bu şekilde belirlenmesi cezalandırıcı tazminatın genel mantığına da uygun olacaktır. Zira kurumun ortaya çıktığı İngiltere'de de cezalandırıcı

[63] Devrim Aydın, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu," *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.914.

İlhan Üzülmez, "Hakaret Suçu," *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 12, 2010, s.41.

tazminatın miktarının belirlenmesinde davalının durumunun dikkate alınacağı belirtilmektedir^[64].

Hakaret suçu için bu yola başvurulması aynı zamanda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 2007 yılında almış olduğu bir tavsiye kararına da uygun olacaktır. Bu kararda Parlamenterler Meclisi, hakaret suçuna karşılık hapis cezası öngörülmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edebilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple, üye devletlere, hakaretin suç olmaktan çıkarılması ve hakaretle hukuk mahkemelerinde tazminat yoluyla mücadele edilmesi tavsiyesinde bulunmuştur^[65]. Hakaret suçu için önerdiğimiz çözümün bu tavsiye kararına da uygun olduğunu kanaatindeyiz.

Hakaret suçunu da kapsayan hafif suçlar için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülmüş olan uzlaştırma kurumunun^[66] aynı amaca hizmet edeceği düşünülebilir. Ancak kurumun işleyişi göz önüne alındığında bizim

[64] *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, EWCA Civ J0219-3 (1997).

[65] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, 1577, 2007.

[66] 5271 sayılı, 4 Aralık 2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Uzlaştırma" başlıklı 253. maddesi şu şekildedir:

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

- a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.
- b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),
 2. Taksirle yaralama (madde 89),
 3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),
 4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),
 5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),
 6. Hırsızlık (madde 141),
 7. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
 8. Dolandırıcılık (madde 157),
 9. (Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),
 10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

önerimizle aynı amaca hizmet edemeyeceği anlaşılmaktadır. Yine hakaret suçu bağlamında ele alırsak uzlaştırma, hakkında soruşturma açılmış olan

11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

c) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (...)89 cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) (Mülga)

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

-
- (11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.
- (12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.
- (13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.
- (14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.
- (15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir.
- (16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.
- (17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.
- (18) Uzlaştırmının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.
- (19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Ertelene süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.
- (20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

şüpheli ile suçtan zarar görenin anlaşması ve bu yolla kovuşturma aşamasına geçilmeden yani hiç ceza davası açılmadan uyuşmazlığın çözülmesini amaçlamaktadır^[67]. Bu anlaşma genellikle şüphelinin suçtan zarar görene belli bir miktar para ödemesi şeklinde gerçekleşmektedir. Yüzeysel olarak bakıldığında bizim önerimiz olan hakaretin cezalandırıcı tazminat gerektiren bir haksız fiil olarak belirlenmesi çözümüne benzemektedir. Zira hakaret eden kişi hakarete uğrayan kişiye bir miktar para ödeyerek ceza almaktan kurtulmaktadır. Ancak uzlaştırma kurumunun işleyişinin bizim ileri sürdüğümüz çözüm önerisinden ayrılan iki yönü bulunmaktadır.

Birincisi, uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için öncelikle şüpheli hakkında bir soruşturma açılması gerekmektedir. Yani sonradan ceza davası açılmasa da cumhuriyet savcılığı devreye girerek soruşturmayı yürütmektedir ve kişi böylelikle ceza muhakemesinin ilk evresi olan soruşturma sürecine, bu süreçteki tedbirlere veya kendisine yüklenecek yükümlülüklerle katılmak

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanasını ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarifeye göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir. Uzlaştırmacı, hazırladığı raporu, tutanakları ve varsa yazılı anlaşmayı büroya gönderir. Uzlaştırma süreci sonunda soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından sonuçlandırılır.

(25) Uzlaştırmacıların nitelikleri, eğitimi, sınavı, görev ve sorumlulukları, denetimi, eğitim verecek kişi, kurum ve kuruluşların nitelikleri ve denetimleri ile uzlaştırmacı sicili, uzlaştırmacılar ve eğitim kurumlarının listelerinin düzenlenmesi, Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürolarının çalışma usul ve esasları, uzlaştırma teklifi ile müzakere usulü, uzlaştırma anlaşması ve raporda yer alacak konular ile uygulamaya dair diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

[67] Toroslu ve Feyzioğlu, *op. cit.*, s.375.

zorunda bırakılmaktadır. Bizim önerdiğimiz çözümde ise hakaret suç olarak kabul edilmeyeceği için soruşturma açılması ve cumhuriyet savcılığının sürece dahil olması söz konusu olmayacaktır. Böylece hem savcılıklar bu iş yükünden kurtarılmış olacak hem de hakaret fiilini gerçekleştiren kişi açısından ceza muhakemesinin bir evresine, bu evrenin getirdiği tüm sonuçlarla birlikte katlanma zorunluluğu ortaya çıkmayacaktır.

İkinci fark ise uzlaştırma yoluna başvurulabilmesi ve bu sürecin işletilebilmesi için her iki tarafın rızasının aranmasıdır. Hakaret eden kişi, yani soruşturma evresindeki şüpheli, çok yüksek bir bedeli ödemeye razı olsa bile karşı taraf uzlaştırma yoluna gitmeye razı olmadığı sürece şüpheli hakkında ceza davası açılacak ve böylelikle kişi, sanık sıfatıyla yargılanarak ceza almaktan kurtulamayacaktır. Bu özelliği sebebiyle uzlaştırmanın, özellikle suçun mağdurunun şahsi ölçü düşüncesi sebebiyle uzlaşmaya rıza göstermediği ihtimallerde, hakaret fiilinin cezai müeyyideye bağlanmaktan kurtarılması amacına da hizmet edeceği söylenemeyecektir.

Yukarıda belirtilen iki farktan dolayı uzlaştırma kurumunun, bizim önerdiğimiz hakaretin suç olmaktan çıkarılması ve karşılığında cezalandırıcı tazminat ödenmesini gerektiren bir haksız fiil haline getirilmesi çözümü ile ulaşmak istediğimiz sonuçlar açısından elverişli olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Cezalandırıcı tazminat ilk defa İngiltere’de ortaya çıkmış ve günümüzde Anglo-Amerikan hukuk sistemine tabi ülkelerde sıkça uygulanan bir kurumdur. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sistemine tabi ülkelerde hukuk, içtihadı dayalı bir gelişim gösterdiğinden, yani kanunlaştırma faaliyetleri çok yaygın olmadığından cezalandırıcı tazminata ilişkin sınırlar kanunlarla belirlenmemektedir. Bu sınırlar, genel olarak, mahkeme kararlarıyla çizilmeye çalışılmaktadır. Bu durum da cezalandırıcı tazminata hangi koşullarda hükmedileceğini ve hükmedilen miktarın ne olacağını önceden öngörmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla, bu haliyle cezalandırıcı tazminatın, dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi doğrultusunda sorumluluk türlerinin kanunla belirlendiği, ülkemizde uygulanmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

Cezalandırıcı tazminat kurumunun ülkemizde uygulanmasının, Kıta Avrupası hukuk sisteminin gerektirdiği şekilde, tazminata hükmedilecek koşulların ve tazminatın miktarının net olarak kanun hükümleriyle ortaya konulması ihtimalinde isabetli olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda incelemiş olduğumuz Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan cezalandırıcı tazminat düzenlemesi bu konuda isabetli bir örnek teşkil etmektedir.

Son olarak biz, cezalandırıcı tazminat kurumunun Türkiye’de cezası hafif olan hakaret gibi bazı suçlar için Türk Ceza Kanunu’nda yer alan cezai müeyyidelerin yerine geçecek şekilde kullanılabilirliğini düşünüyoruz. Böylece bu tip eylemler için bir soruşturma veya kovuşturma yapılmasına gerek kalmayacak; uyuşmazlık, hukuk mahkemelerinde tazminat yoluyla çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Ortaya çıkan zarardan daha fazla bir tazminata hükmedileceği için fiili işleyen fail de cezalandırılmış olacaktır. Ancak bu ceza failin hürriyetini bağlayıcı nitelikte olmayacak veya kişi cezaevine girmese bile adli siciline bir suç kaydı işlenmeyecek yahut kişi belirli bir süre ile denetim altında tutulmayacaktır. Bu sebeplerle, sınırları kanunla net bir şekilde belirlenmek şartıyla, cezalandırıcı tazminat kurumunun önerdiğimiz şekilde kullanılmasının isabetli olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Aydın, Devrim, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu.” *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.879-918.
- Cömert-Akbay, Büşra, “Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2018, s.149-174.
- Demirci, Metin, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, Hacettepe Üniversitesi, 2019.
- Ekşi, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, *Public and Private International Law Bulletin* Cilt 40, Sayı 1, 2020, s.143-201.
- Güleryüz, M. Tarık ve Ayça Zorluoğlu-Yılmaz, “Bir Anglo–Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 141, 2019, s.325-362.
- Oral, Tuğçe ve Eylem Baş, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 53, 2023, s.475-548.
- Owen, David G., “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova Law Review*, Sayı 39, 1994, s.363-414.
- Özden-Merhacı, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Doktora Tezi), Ankara, Ankara Üniversitesi, 2012.
- Reisoğlu, Sefa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2004.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, Seçkin, 6. Baskı, 2018.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, 20. Baskı, 2020.

Uçaryılmaz, Talya Şans ve Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 2, 2020, s.835-868.

Üzülmez, İlhan, “Hakaret Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi* Cilt 5, Sayı 12, 2010, s.41-71.

Copyright, Designs and Patents Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/97> (E.T. 26.03.2024).

Genay v. Norris, S.C.L. (1 Bay) 6, 7 (1784).

Huckle v. Money, 95 Eng. Rep. 768 C.P. (1763).

Liebeck v. McDonald’s Restaurants 1995 WL 360309 (1994).

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, 1577, 2007.

Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, (2007).

Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14-15/65/section/13> (E.T. 26.03.2024).

Rookes v. Bernard (No 1), UKHL 1 (1964).

Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 498-99 C.P. (1763).

İnternetin Gücü: İfade Özgürlüğünün Yeni Yüzü

Nasuh Buğra KARADAĞ*

* Avukat, Ankara Barosu. nasuhbugrakaradag@gmail.com
ORCID: 0009-0000-4073-8155.

İNTERNETİN GÜCÜ: İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YENİ YÜZÜ

ÖZ

Günümüz dünyasında, teknolojik evrimin hızla ilerlemesiyle birlikte, ifade özgürlüğü kavramı yeni ve karmaşık bir yüz kazanmıştır. İnternetin yükselişi, bu özgürlüğün modern yorumunu şekillendirmekte ve bu çalışma, bu evrimin içsel dinamiklerini ve hukuki yankılarını incelemektedir.

İnternet, düşünce ve fikirlerin serbestçe ifade edilebildiği, bilgilere sınırsız bir erişim sağlayan ve küresel çapta iletişimi kolaylaştıran eşsiz bir platform sunar. Ancak, bu platformun gücü, aynı zamanda içinde barındırdığı tehditleri de artırmıştır. Bu makale, ifade özgürlüğünün bu yeni yüzünü anlama ve hukuki bir çerçeve içinde değerlendirme amacını taşımaktadır.

İnternetin ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerini anlamak için öncelikle sansürün gölgesine dikkat çekmek önemlidir. Birçok ülke, interneti denetim altına alarak içeriklere erişimi sınırlar ve bu durum, ifade özgürlüğünün önünde ciddi bir engel olarak ortaya çıkar. Ancak, aynı zamanda sansürün aşıldığına dair çabalar da artış göstermektedir. Çevrimiçi taciz, internetin karanlık yüzlerinden biridir. İnternet, tacizi kolaylaştırabilir ve çevrimiçi ortamın güvensiz hale gelmesine neden olabilir. Bu, insanların kendilerini ifade etmekten çekinmelerine yol açabilir ve bu da ifade özgürlüğünün sınırlarını daha karmaşık hale getirir.

Yanılıcı bilgi ve sahte haberler, ifade özgürlüğü üzerindeki etkileri daha da karmaşıklaştırır. Sosyal medya platformları, yanılıcı bilgiyi hızla yayma potansiyeline sahiptir ve bu, kamusal bilinç ve toplumsal denge üzerinde ciddi etkilere yol açabilir.

Anahtar Kelimeler: internet, ifade özgürlüğü, sansür, çevrimiçi platformlar, dijital vatandaşlık

THE POWER OF THE INTERNET: THE NEW FACE OF FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

In today's world, with the rapid evolution of technology, the concept of freedom of expression has taken on a new and complex dimension. The rise of the internet has shaped this modern interpretation of freedom, and this study examines the internal dynamics and legal repercussions of this evolution.

The internet provides a unique platform where thoughts and ideas can be freely expressed, unlimited access to information is granted, and global communication is facilitated. However, the power of this platform also brings with it increased threats and challenges. This article seeks to comprehend this new face of freedom of expression and evaluate it within a legal framework.

To understand the impact of the internet on freedom of expression, it is crucial to first shed light on the shadow of censorship. Many countries restrict access to content by attempting to control the internet, posing a significant obstacle to freedom of expression. Simultaneously, efforts to circumvent this censorship are on the rise. Online harassment is one of the dark sides of the internet. The online environment can facilitate harassment, making the online world an unsafe space. This can discourage individuals from freely expressing themselves and further complicate the boundaries of freedom of expression.

Misinformation and fake news further complicate the impact of the internet on freedom of expression. Social media platforms have the potential to rapidly disseminate misleading information, which can have serious repercussions on public awareness and social balance.

Keywords: internet, freedom of expression, censorship, online platforms, digital citizenship

GİRİŞ

İnternet, son yıllarda ifade özgürlüğünün en önemli aracı haline gelmiştir ve bu dönüşüm, toplumlar için büyük bir fırsatın yanı sıra demokrasi, insan hakları, sosyal adalet ve barış gibi değerleri savunan hareketlerin etkisini artırmada önemli bir rol oynamaktadır. 21. yüzyılın başında, İnternet teknolojilerinin sürekli olarak güncellenmesi ve küresel olarak yayılması, onu git gide daha merkezi bir iletişim aracı haline getirmiştir^[1]. En basitinden 2010 yılında dahi dünya çapında neredeyse 2 milyar insan yani o yıla göre dünya nüfusunun dörtte birinden fazlası artık internet kullanıcısı iken Nisan 2024 itibarıyla dünya genelinde 5.44 milyar internet kullanıcısı bulunmaktadır, bu da küresel nüfusun %67.1'ine denk gelmektedir. Bu kullanıcıların 5.07 milyarı, yani dünya nüfusunun %62.6'sı sosyal medya kullanıcısıdır^[2]. Bu durum da, dijital çağın yayılma ve etki alanının ne denli genişlediğini açıkça göstermektedir. İnternetin bu temel dönüşümünün en belirgin özelliği ise, insanların düşüncelerini, fikirlerini, eleştirilerini ve taleplerini milyonlarca kişiye iletebilmelerine olanak tanınmasıdır. İnternet aracılığıyla, insanlar dünya genelinde diğer insanlarla iletişim kurabilir, bilgi paylaşabilir ve ortak ilgi alanlarına sahip topluluklara katılabilirler. Aynı zamanda, İnternet, insanların özgürce ifade hakkını kullanmalarına ve kendilerini daha serbestçe ifade etmelerine olanak tanır. Bu durumun, İnternet'in bilgiye erişim, iletişim, hizmetler ve teknolojilere küresel olarak yeniden şekil verme potansiyeline sahip olmasıyla önemli toplumsal sonuçlar doğurabileceği de 21. yüzyılın başlarında kapsamlı şekilde ele alınmıştır^[3].

İfade özgürlüğü, demokratik toplumların temel taşlarından biridir ve insanların kendi görüşlerini açıkça ifade etme, yayma ve savunma hakkına sahiptir. Bu hak, demokratik bir toplumun işleyişi için kritik bir öneme

[1] William H. Dutton, Anna Dopatka, Ginette Law ve Victoria Nash, *Freedom of connection, freedom of expression: the changing legal and regulatory ecology shaping the Internet*, Paris: UNESCO, 2011.

[2] Statista, "Digital population worldwide as of October 2023", <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/> Statista. Erişim tarihi: 10 Temmuz 2024

[3] William H. Dutton, *Social Transformation in the Information Society*, Paris: UNESCO Series for the WSIS, 2004.

sahiptir ve insanları farklı bakış açılarına saygı göstermeye, eleştirel düşünmeye ve bilinçli kararlar almaya teşvik eder.

İnternet artık ifade özgürlüğünün yeni bir yüzünü temsil etmektedir, çünkü insanlara seslerini duyurabilme fırsatı sunar ve sadece kendi ülkeleriyle sınırlı kalmadan dünya genelinde etki yaratabilme olanağı sağlar. Bu bağlamda, internet kullanıcılarına düşüncelerini serbestçe ve özellikle yazılı veya görsel biçimde ifade etme imkânı sunduğunu görebiliriz. Bu ifadeleri farklı platformlarda paylaşma ve potansiyel olarak milyonlarca kişiye ulaştırma olanağı sağlar. Geleneksel medyanın kısıtlayıcı sınırlamalarını aşarak her bireyin düşünce ve ifade özgürlüğünü daha geniş kitlelere duyurabilme fırsatı sunar. İnsanlar bu sayede dünya genelinde etki yaratabilir, farklı kültürlerden ve coğrafyalardan insanlarla etkileşimde bulunabilir. Bu da ifade özgürlüğünün yalnızca belirli bir ülke veya bölge ile sınırlı olmadığını, tüm dünyada etkili olabileceğini vurgular.

İnternetin bu özellikleri, ifade özgürlüğünü daha geniş bir perspektiften ele almamıza olanak tanır ve her bireyin düşüncelerini ifade etme hakkını güçlendirir. İfade özgürlüğünün evrensel ve uluslararası bir boyuta sahip olduğunu kabul eder ve farklı kültürlerden gelen fikirlerin serbestçe paylaşılmasını teşvik eder. Bu nedenle, İnternet ve ifade özgürlüğü arasındaki bağlantı, çağdaş iletişimde önemli bir rol oynamaktadır. İnternetin gücünü doğru şekilde kullanarak, ifade özgürlüğünün yeni yüzünü şekillendirebiliriz. İnterneti, bilgiye erişim, öğrenme, gelişme ve katkıda bulunma aracı olarak görülebiliriz. Ayrıca, farklılıklara saygı duyma, diyalog kurma, iş birliği yapma ve dayanışma gösterme platformu olarak değerlendirebiliriz. İnterneti, daha iyi bir dünya için çalışma, hayal etme ve ilham verme platformu olarak kullanabiliriz. Ancak, ifade özgürlüğünün internet üzerinden kullanılması bazı sorunlar ve sorumlulukları da beraberinde getirir. İnternet, gerçek dışı bilgilerin yayılması, nefret söylemi veya şiddet içeren mesajların yayılmasına olanak taşıyabilir.

Bu nedenle, ifade özgürlüğünün internet üzerinden kullanılması, beraberinde çeşitli etik, hukuki ve sosyal sorumlulukları getirir. İnternet, kullanıcılarına geniş bir ifade platformu sunarken, bu özgürlüğün kötüye kullanılmasının önüne geçmek için toplumsal düzeyde bir zorlukla karşı karşıyadır. Yalan haberlerin, nefret söyleminin ve şiddet içeren mesajların hızla yayılması, toplumsal hoşgörüyü tehdit edebilir ve insanlar arasında kutuplaşmaya neden olabilir.

Kişisel verilerin ihlal edilmesi veya sansürlenmesi, bireylerin gizlilik haklarını zedeler ve sansür uygulamaları ifade özgürlüğünün sınırlarını daha da karmaşık hale getirir. Bu, demokratik bir toplumun temel değerlerine karşı bir tehdit oluşturabilir ve bireylerin ifade özgürlüğünü kullanmalarını engelleyebilir. Ayrıca, internetin bilgi kirliliği veya yanıltıcı bilgi ile dolu olması, insanları yanlış yönlendirebilir ve toplumsal kararları olumsuz etkileyebilir. Yanıltıcı bilgiler, toplumsal dengeyi bozabilir ve kamuoyunu manipüle etmek için kullanılabilir. Bu, bir toplumun bilinçli bir şekilde kararlar verme yeteneğini zedeler ve toplumsal huzursuzluğa yol açabilir. Bu sorunların üstesinden gelmek için, etik standartların geliştirilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Dijital vatandaşlık eğitimi, insanların interneti sorumlu bir şekilde kullanmayı öğrenmelerine yardımcı olabilir. Ayrıca, çevrimiçi platformlar daha fazla sorumluluk taşımaları ve kullanıcılarına güvenli bir çevre sunmalarıdır.

I. İNTERNETİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Günümüzün vazgeçilmez bir parçası olan internet, kökenleri 20. yüzyılın ortalarına dayanan ve teknoloji dünyasının en büyük başarılarından biri olarak kabul edilen bir iletişim ve bilgi paylaşım ağıdır^[4]. İnternet kelimesi, 1945'te Amerika Birleşik Devletleri Savaş Bakanlığı tarafından bir radyo operatörü kılavuzunda kullanılmıştır^[5]. Günümüzde ise genellikle birbirine bağlı bilgisayar ağlarından oluşan küresel bir sistem olarak tanımlanmaktadır^[6]. İnternet, temelde aynı protokolleri kullanan bilgi işleme sistemlerinin uluslararası ağı olarak tanımlanır. Bu küresel ağ, dünya genelindeki çeşitli cihazları birbirine bağlayarak, bilgi alışverişini ve iletişimi mümkün kılar. İnternetin evrimi ise, ARPANET'in başlangıcıyla başlamış ve ardından uluslararası düzeyde benzer projelerin geliştirilmesine öncülük etmiştir. Bu süreç, TCP/IP protokolünün geliştirilmesiyle birlikte internetin temel altyapısını

[4] Paul Lampert, *Gringras: The Laws of the Internet*, Bloomsbury Professional, 2018.

[5] Amerika Birleşik Devletleri Savaş Bakanlığı, *Radyo Operatör El Kitabı, Ordu Kara Kuvvetleri. FM 24-6. Amerika Birleşik Devletleri Ordusu Saha El Kitabı*, Haziran 1945.

[6] Vint Cerf, Yogen Dalal ve Carl Sunshine, "İnternet İletim Kontrol Protokolünün Belirlenmesi", *IETF*, Aralık 1974. Erişim tarihi: 27 Aralık 2023. <https://doi.org/10.17487/RFC0675>

oluşturmuştur. Bu altyapı, internetin günümüzdeki karmaşık ve geniş yapısının temelini atmıştır. 1960'lı Yıllarda ABD Savunma Bakanlığı'nın araştırma projesi olarak başlayan ARPANET'e dayanmaktadır. ARPANET, farklı bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan bir sistem olarak başlatılmıştır^[7]. 1990'lı yıllar ise internetin hızla yaygınlaştığı ve küresel bir fenomen haline geldiği dönem olarak tarihe geçmiş ve bu dönemde internet, içerik açısından büyük bir çeşitlilik ve zenginlik kazanmıştır. Bu dönemde, internet ticari, eğitim ve kişisel kullanım için herkes tarafından erişilebilir hale gelmiş ve e-posta, anlık ileti, forumlar, bloglar, sosyal medya platformları, e-ticaret ve e-öğrenme gibi bir dizi hizmet, internet kullanıcılarının hayatını değiştirirken, aynı zamanda ifade özgürlüğünün güçlü bir aracı olarak öne çıkmıştır. 2000'li yıllarda internet daha da gelişmiş ve akıllı telefonlar, tabletler, giyilebilir cihazlar gibi mobil teknolojilerle entegre hale gelmiştir. İnternet artık her an her yerde erişilebilir bir durumdadır. Özellikle 2010-2011 yıllarında gerçekleşen ve "Arap Baharı" olarak adlandırılan halk hareketlerinde, sosyal medyanın oynadığı rol büyük bir öneme sahiptir^[8]. İnternet aracılığıyla insanlar, seslerini duyurabildiler, halk hareketlerini organize edebildiler ve dünya kamuoyunu bilgilendirebildiler^[9]. Bu dönem, internetin sosyal ve politik değişimde katalizör olarak rolünü pekiştirmiş ve ifade özgürlüğünü desteklemiştir.

II. İNTERNETİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE KATKISI

İnternet, tüm insan haklarının icrasında adeta bir katalizör rolü oynar. Gutenberg'in matbaasının Reformasyon'un yayılmasına katkı sağlamış olduğu gibi, internet de her yerdeki bireylerin tüm insan haklarına saygı gösterilmesini, korunmasını ve uygulanmasını destekleyebilir. Bu özgürleştirici hedefe ulaşmada, ifade özgürlüğü, sadece temel bir insan hakkı olmanın ötesinde, sağlanan olanakların anahtar bir unsuru olarak öne çıkar. İfade özgürlüğü, bireylerin düşüncelerini açıklama ve bilgi edinme

[7] Rolf Oppliger, "Internet & Intranet Security", *Artech House*, İkinci Baskı 2001, s.12-15.

[8] Wolfgang Benedek ve Matthias C., *Kettmann Freedom of Expression and the Internet*, Council of Europe Publishing, 2014, s.13.

[9] Zeynep Tüfekçi, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*, New Haven & London: Yale University Press, 2017.

hakkını güvence altına alarak demokratik bir toplumun temelini oluşturur. İnternet, bu hakların evrenselliğini destekleyerek, insanların bilgiye erişimini demokratik bir biçimde genişletir^[10].

Biraz açarsak; geçmiş dönemlerde, bilgiye ulaşma süreci genellikle gazete ve dergi gibi basılı medya araçları vasıtasıyla gerçekleşmekteydi. Ancak, zaman içinde radyo ve televizyon gibi yeni medya biçimleri, bireylere bilgiye ulaşmada farklı araçlar sunarak gelişim gösterdi. Bu evrim sürecinde bireyler genellikle bilgi alıcı konumda bulunmakta olup, medya tarafından belirlenen içeriklere pasif bir şekilde maruz kalmaktaydılar. Radyo ve televizyon gibi medya araçları, kitlelere hızlı ve etkili bir şekilde bilgi ulaştırma rolü oynayarak toplumun genel itibarıyla bilgi tüketici konumunu sürdürmesine katkıda bulunmuştur. Ancak, bu medya araçları genellikle tek yönlü bir iletişim biçimini destekleyerek bireyleri bilgi üretim sürecinin dışında tutma eğilimindeydi. Günümüzde ise dijital devrimle birlikte sosyal medya platformları, bilgiye ulaşma ve paylaşma konusunda devrim niteliğinde bir değişiklik getirmiştir. Sosyal medya, bireylere yalnızca bilgi tüketici olma rolünü değil, aynı zamanda aktif bir içerik üretici konumuna geçme fırsatı tanımıştır. Artık her birey, kendi görüşlerini, deneyimlerini ve bilgilerini sosyal medya üzerinden paylaşma kapasitesine sahiptir^[11].

Başka bir deyimle de günümüzde bilimin ilerlemesi ve teknolojinin gelişimi, toplumsal alanı büyük ölçüde etkileyen internetin yükselmeye sebep olmuştur. İnternet, toplumun temel ihtiyaçları arasında önemli bir konumda bulunmaktadır. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve geniş kapasitesi sayesinde internet, büyük haberleri ve fikirleri iletmek için etkili bir araç haline gelmiştir. İnternet, içerdiği bilgilerle temel bir başvuru kaynağı oluşturarak bireylere milyonlarca içerik arasından özgür seçim imkânı sunmakta; aynı zamanda kamusal tartışmalara aktif katılım fırsatı tanımaktadır^[12].

[10] Benedek ve Kettemann, *op.cit.*, s.14.

[11] Yavuz Selim Karakaya, “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2018, s.106.

[12] Jindar Uçar, “İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, Aralık 2021, s.361.

İnternetin ifade özgürlüğüne sağladığı avantajlara baktığımızda ise, ilk avantaj olarak erişilebilirlik ve hızı görebiliriz. İnternet sayesinde, insanlar dünyanın her yerinden bilgiye ulaşabilir, fikirlerini paylaşabilir ve tartışabilirler. İnternet, aynı zamanda bilgiyi hızlı bir şekilde yayma ve güncelleme imkânı da verir. Bu sayede, insanlar güncel olaylar, gelişmeler ve sorunlar hakkında bilinçlenir, farkındalık yaratır ve çözüm arayışına girerler. İnternetin ifade özgürlüğüne katkı sağladığı ikinci avantaj, çeşitlilik ve zenginliktir. İnternet, farklı kültürlerden, dillerden, yaş gruplarından, cinsiyetlerden, mesleklerden ve ilgi alanlarından insanları bir araya getirir. Bu sayede, insanlar farklı bakış açılarını görebilir, yeni fikirler edinir ve kendilerini geliştirirler.

İnternet, ifade özgürlüğüne katkı sağlayan üçüncü önemli avantaj olarak demokrasi ve katılımıcılığı teşvik etmektedir. Bu, bireylere siyasi süreçlere daha etkin bir şekilde katılma fırsatı sunar. Aynı zamanda, İnternet bireylere haklarını savunma konusunda da önemli bir destek sunar. İnsan hakları ihlalleri, yolsuzluklar ve sansür gibi konularda bilgi alışverişi, haberleşme ve tepki gösterme imkânı sağlar. İnternet, bu tür konularda duyarlılığın artmasına ve toplumun daha adil ve demokratik bir düzen için mücadele etmesine olanak tanır.

İnternetin ifade özgürlüğüne katkısı konusunda pek çok örnek verilebilir. Bunlardan bazıları şunlardır:

- **Arap Baharı:** 2010-2011 yıllarında Ortadoğu ve Kuzey Afrika'da yaşanan halk hareketleri internetin büyük rol oynadığı bir süreçtir. Halklar internet üzerinden örgütlenmiş, bilgi paylaşmış ve seslerini duyurmuşlardır.
- **Wikipedia:** Dünyanın en büyük çevrimiçi ansiklopedisi olan Wikipedia internetin ifade özgürlüğüne katkı sağlayan bir projedir. Wikipedia, gönüllü katkıcıların bilgiyi paylaştığı, düzenlediği ve güncellediği bir platformdur.
- **Me Too:** 2017 yılında başlayan ve cinsel taciz ve istismara uğrayan kadınların seslerini çıkarmalarını sağlayan bir harekettir. Hareket, internet üzerinden yayılmış, milyonlarca kadın kendi hikayelerini paylaşmış ve destek bulmuştur.

Bu örneklerden de da anlıyoruz ki günümüzde internet, dünyanın dört bir yanındaki bireylerin bilgiye anında erişimini, fikirlerini serbestçe paylaşımlarını ve küresel iletişim ağında birbirleriyle etkileşimde bulunmalarını sağlayan bir araçtır ve ifade özgürlüğünün gelişimine ve demokratikleşmeye önemli katkılarda bulunmaktadır

III. İNTERNET ÜZERİNDEKİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK TEHDİTLER

İnternetin etkileşimli ve küresel bir araç olarak potansiyeli, ifade özgürlüğünün büyük bir önem kazanmasına yol açmıştır. Bu durum, aynı zamanda devletlerin üstlendiği insan hakları yükümlülüklerine yeni boyutlar eklemiştir. 18. yüzyıldan itibaren ifade özgürlüğünü koruma altına alan insan hakları belgeleri veya Evrensel Bildirge'deki "herhangi bir medya aracılığıyla" ifadesi ile öngörülemediği olabilir, ancak bu formülasyon, hakkın dinamik bir nitelik kazanmasına imkan tanır. Belirli bir medyaya atıfta bulunulmaması, hiçbir medya türünün dışlanmadığı anlamına gelir, bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne bu ifadenin dahil edilmemiş olması önemli değildir^[13]. Bununla beraber, ifade özgürlüğüne ilişkin evrensel insan hakları taahhütlerini temel alan beyanlar ve tavsiyeler, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. Maddesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (ICCPR) ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 19. Maddesi gibi belgeler, oldukça yaygındır. Ancak çevrimiçi ifade özgürlüğünün devletler, şirketler ve bireyler tarafından ihlal edilmesi, ne yazık ki, bilinen bir gerçektir.^[14] Başka bir deyimle de internet, insan haklarının uygulanması ve korunması konusunda önemli yeni olanakları beraberinde getirirken, insan hakları ihlallerine ilişkin olasılıklar da katlanarak artmıştır.^[15]

[13] Benedek ve Kettemann, *op.cit.*, s.24-25.

[14] Benedek ve Kettemann, *op.cit.*, s.13.

[15] Frank La Rue, "Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportörün Raporu", BM Doc. A/HRC/17/27, 16 Mayıs 2011, s.22-23.

İnternetin karşılaştığı engeller, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan bazıları şunlardır:

- Bazı devletler, internete erişimi tamamen veya kısmen keserek veya sınırlayarak, internet kullanıcılarının bilgiye ulaşmasını ve ifade özgürlüğünü kullanmasını engellemektedir. En basit açıklamasıyla bazı ülkelerde, hükümetler veya diğer aktörler, internet kullanıcılarının belirli sitelere, uygulamalara veya içeriklere erişimini engellemektedir. Bu engeller, internetin açık ve demokratik bir platform olmasını zayıflatmaktadır. Engellerin örnekleri arasında, siyasi muhaliflerin, insan hakları savunucularının veya gazetecilerin sitelerinin kapatılması, sosyal medya platformlarının veya mesajlaşma uygulamalarının yasaklanması veya yavaşlatılması, sansürsüz arama motorlarının veya haber kaynaklarının engellenmesi sayılabilir. Örneğin, Çin’de “Büyük Güvenlik Duvarı” adı verilen bir sistemle internete erişim kontrol edilmekte ve yasaklı sitelere giriş engellenmektedir. Benzer şekilde, Türkiye’de de zaman zaman sosyal medya platformlarına erişim yasağı getirilmektedir.
- Bazı ülkelerde ise, hükümetler veya diğer aktörler, internet kullanıcılarının yayınladıkları veya paylaştıkları içerikleri kontrol etmek, değiştirmek veya silmektedir. Bu sansürler, internet kullanıcılarının fikirlerini özgürce ifade etme hakkını ihlal etmektedir. Sansürlerin örnekleri arasında, eleştirel veya muhalif görüşleri içeren içeriklere erişimin kısıtlanması, yalan haber veya nefret söylemi gibi bahanelerle içeriklerin silinmesi veya değiştirilmesi, internet kullanıcılarının kimliklerinin takip edilmesi veya ifşa edilmesi sayılabilir. Bilindiği üzere bazı devletler ve şirketler, internet üzerindeki içerikleri denetleyerek veya kaldırarak, internet kullanıcılarının istedikleri bilgiye ulaşmasını veya istedikleri fikri dile getirmesini engellemektedir. Örneğin, Rusya’da “Yasaklı Siteler Listesi” adı verilen bir listeyle internet üzerindeki yasaklı içerikler belirlenmekte ve bu içeriklere erişim engellenmektedir. Benzer şekilde, Facebook gibi sosyal medya platformları da kendi topluluk kurallarına uymayan içerikleri kaldırmaktadır.
- Bazı ülkelerde de hükümetler veya diğer aktörler, internet kullanıcılarının güvenliğini veya gizliliğini tehlikeye atan saldırılarda bulunmaktadır. Bu saldırılar, internet kullanıcılarının kişisel verilerini, iletişimlerini veya faaliyetlerini koruma hakkını ihlal etmektedir.

Saldırıların örnekleri arasında, internet kullanıcılarının bilgisayarlarına veya telefonlarına zararlı yazılımlar bulaştırılması, internet kullanıcılarının hesaplarına veya cihazlarına erişilmesi veya ele geçirilmesi, internet kullanıcılarının şantaj, taciz veya tehdit edilmesi sayılabilir. Bilindiği üzere bazı bireyler veya gruplar, internet üzerindeki siteleri veya hesapları hackleyerek veya bozarak, internet kullanıcılarının bilgilerini çalmakta veya zarar vermekte veya internet üzerindeki ifade özgürlüğünü baltalamaktadır. Örneğin, Anonymous^[16] gibi hacker grupları, her ne kadar yaptıkları birçok olumlu eylemin yanında olumsuz olarak da değerlendirilebilecek şekilde siyasi veya ideolojik nedenlerle bazı siteleri veya hesapları ele geçirmekte veya çökertmektedir. Benzer şekilde, trol veya bot gibi sahte hesaplar da internet üzerindeki tartışmaları manipüle etmekte veya karalama kampanyaları yürütmektedir.

İnternetin karşılaştığı bu tehditler, sadece internet kullanıcılarının değil, aynı zamanda insan hakları savunucularının, gazetecilerin, aktivistlerin ve sivil toplum kuruluşlarının da çalışmalarını zorlaştırmaktadır. İnternet kullanımındaki patlama, aynı zamanda hükümet kontrolü açısından da bir tepkiye yol açmış; devletler, giderek daha fazla internet erişimini kısıtlamakta veya gelişmiş teknolojiler aracılığıyla internet kullanımını izleyerek, sosyal ve politik aktivizmden duyulan endişelerle belirli ifade biçimlerini suç saymaktadır.^[17] Bu nedenle, internetin ifade özgürlüğüne sağladığı faydaların korunması ve geliştirilmesi için, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çeşitli önlemler alınması gerekmektedir. Bu önlemler arasında şunlar sayılabilir:

[16] Anonymous hacker grubu, internet aktivizmi yapan, merkezi olmayan ve liderliği olmayan bir topluluktur. Anonymous, çeşitli sosyal ve politik konularda eylemler düzenleyerek, hükümetleri, kurumları ve bireyleri hedef almaktadır. Anonymous'un amacı, bilgi özgürlüğü, insan hakları ve demokrasiyi savunmaktır. Anonymous'un sembolü, Guy Fawkes maskesi takan bir yüz olarak bilinir.

[17] Benedek ve Kettemann, *op.cit.*, s.18.

- Erişim engeli ve içerik sansürünün kaldırılması kapsamında; devletler ve şirketler, internete erişimi kolaylaştırmalı ve genişletmeli, internet üzerindeki içerikleri denetlememeli veya kaldırmamalı, internet kullanıcılarının bilgiye erişim ve ifade özgürlüğü haklarını tanımalı ve saygı duymalıdır.
- Siber saldırılara karşı korunma kapsamında; devletler ve şirketler, internet üzerindeki siteleri ve hesapları güvenli hale getirmeli, siber saldırılara karşı önlem almalı ve ceza vermeli, internet kullanıcılarının bilgilerini korumalı ve gizlilik haklarını tanımalı ve saygı duymalıdır.
- İnternet okuryazarlığının artırılması kapsamında; devletler ve şirketler, internet kullanıcılarının internet üzerindeki bilgiyi eleştirel bir şekilde değerlendirmesini, sahte veya yanlış bilgiden ayırt etmesini, internet üzerindeki fikirleri saygılı bir şekilde ifade etmesini ve tartışmasını sağlayacak eğitim ve farkındalık programları düzenlemeli, internet okuryazarlığını artırmalıdır.

IV. İNTERNET ÜZERİNDEKİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GELECEĞİ

İnternet, insanların düşüncelerini, fikirlerini, duygularını ve bilgilerini paylaşmalarına olanak sağlayan en güçlü iletişim aracıdır. İnternet sayesinde, insanlar dünyanın her yerinden diğer insanlarla bağlantı kurabilir, farklı kültürleri, görüşleri ve deneyimleri öğrenebilir, ortak ilgi alanlarına sahip topluluklara katılabilir ve kendilerini ifade edebilirler. İnternetin bu özellikleri, ifade özgürlüğünün gelişmesine ve korunmasına büyük katkı sağlamaktadır.

Ancak, ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması veya ihlal edilmesi durumunda, ifade özgürlüğünün sınırları aşılabılır ve başka insanların haklarının veya yasaların çiğnenmesi gündeme gelebilir. Örneğin, internet üzerinden nefret söylemi, şiddet çağrısı, yalan haber, kişisel verilerin ihlali veya telif hakkının ihlali gibi eylemler ifade özgürlüğünün sınırlarını aşar. Bu nedenle internet üzerindeki ifade özgürlüğü de birçok tehditle karşı karşıyadır. Bu tehditler arasında, sansür, otosansür, yasal kısıtlamalar, şiddet tehdidi, nefret söylemi, trolleme^[18], dezenformasyon, manipülasyon ve dijital baskı

[18] İnternet ortamında trolleme olarak da kullanılan bu kavram, başkalarını kızdırmak, provoke etmek veya alay etmek amacıyla yapılan kasıtlı ve zararlı davranışlardır. Troller, genellikle sosyal medya platformlarında, forumlarda veya yorum bölümlerinde ortaya

sayılabilir. Bu tehditler, internetin potansiyelini engellemekte, insanların güvenliğini tehlikeye atabilmektedir. Bu tür eylemler hem bireylerin hem de toplumun zararına olabilir. Bu nedenle, internet üzerindeki ifade özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için hem bireylerin hem de devletlerin sorumlulukları vardır.

İnternet üzerindeki ifade özgürlüğünün geleceği için kritik adımlardan biri, uluslararası iş birliği ve dayanışma içinde olmaktır. Bu, internetin açık, evrensel ve tarafsız bir platform olarak kalmasını güvence altına alabilir. Ayrıca, internet kullanıcılarının haklarını ve sorumluluklarını anlamalarını sağlamak adına eğitim ve farkındalık çalışmaları yapmak önemlidir. Sansür ve kısıtlamalara karşı çıkmak, sivil toplum örgütleriyle işbirliği yaparak bu durumları raporlamak da ifade özgürlüğünü savunmak adına hayati bir rol oynar. İnternet üzerindeki zararlı içeriklere karşı etik standartlar geliştirmek ve uygulamak için medya kuruluşlarıyla iş birliği yapmak, aynı zamanda internet üzerindeki manipülasyon ve dijital baskılara karşı korunmak için dijital okuryazarlık becerilerini geliştirmek ve güvenlik önlemleri almak da gelecekteki ifade özgürlüğü için önemli adımlardır.

çıkarlar. Trollere amacı, dikkat çekmek, tartışma yaratmak veya toplulukları bölüp parçalamaktır.

SONUÇ

İnternetin gücü, ifade özgürlüğünün yeni yüzünü oluşturarak toplumlar arasında etkileşimi, bilgi paylaşımını ve demokratik değerleri desteklemeyi sağlamıştır. İnternetin evrimi, tarihsel gelişimi ve ifade özgürlüğüne katkıları incelendiğinde, bu teknolojik aracın bireylere dünya genelinde seslerini duyurabilme, bilgiye anında erişim, çeşitli perspektiflere maruz kalabilme ve demokrasiye katkıda bulunabilme imkanları sunduğu görülmektedir. Ancak, internet üzerindeki ifade özgürlüğüne yönelik tehditler de göz ardı edilemez. Devlet müdahaleleri, sansür, siber saldırılar ve güvenlik endişeleri gibi faktörler, internetin açık ve özgür doğasını zorlamaktadır. Bu tehditlere karşı çözümler geliştirilmesi ve ulusal-uluslararası düzeyde iş birliği önemlidir.

Gelecekte, internet üzerindeki ifade özgürlüğünün sürdürülebilirliği için çeşitli önlemler alınmalıdır. Erişim engelleri kaldırılmalı, içerik sansürüne karşı mücadele edilmeli, siber güvenlik önlemleri artırılmalı ve internet okuryazarlığı teşvik edilmelidir. Ayrıca, bireyler, devletler, şirketler ve sivil toplum kuruluşları arasında iş birliği ve diyalog, internetin ifade özgürlüğüne olan katkısını güçlendirebilir. Başka bir deyişle, internet üzerindeki ifade özgürlüğünün geleceği, bir dizi karmaşık faktörden etkilenecektir. Toplumlar, hükümetler, teknoloji şirketleri ve sivil toplum, bu konuda bir denge bulmak ve internetin açık, özgür ve demokratik bir platform olarak kalmasını sağlamak için çaba göstermelidir.

Makalemizin sonunda, internetin ifade özgürlüğünün yeni yüzü olduğunu da tekrar ederken, internetin geleceğinin aslında bizim geleceğimiz olduğunu vurgulamak isteriz. Umarız ki, bu makale sizlere internetin gücünü ve önemini hatırlatır ve interneti daha etkin ve sorumlu bir şekilde kullanmanızı teşvik eder.

KAYNAKLAR

- Benedek, Wolfgang ve Matthias C. Kettemann. *Freedom of Expression and the Internet*, Council of Europe Publishing, 2014.
- Cerf, Vint, Yogen Dalal ve Carl Sunshine, “İnternet İletim Kontrol Protokolünün Belirlenmesi”, *IETF*, Aralık 1974. <https://doi.org/10.17487/RFC0675>. Erişim tarihi: 27 Aralık 2023.
- Dutton, William H. et.al., *Freedom of connection, freedom of expression: the changing legal and regulatory ecology shaping the Internet*, UNESCO, 2011.
- Dutton, William H., *Social Transformation in the Information Society*, Paris, UNESCO Series for the WSIS, 2004.
- Karakaya, Yavuz Selim, “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2018, s.103-124.
- Rue, Frank La, “Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportörün Raporu” BM Doc. A/HRC/17/27, 16 Mayıs 2011.
- Lampert, Paul, *Gringras: The Laws of the Internet*, Bloomsbury Professional, 1. Baskı, 2018.
- Oppliger, Rolf. *Internet & Intranet Security*. İkinci Baskı. Artech House, 2001, s. 12-15.
- Statista. “Digital population worldwide as of October 2023.” Erişim tarihi: 10 Temmuz 2024.
- Tüfekçi, Zeynep. *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*. New Haven & London: Yale University Press, 2017.
- Uçar, Jindar, “İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, Aralık 2021, s.349-381.
- Amerika Birleşik Devletleri Savaş Bakanlığı, *Radyo Operatör El Kitabı, Ordu Kara Kuvvetleri. FM 24-6. Amerika Birleşik Devletleri Ordusu Saha El Kitabı*, Haziran 1945.

Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

Yitirdiklerimiz



AV. DERYA KOMAN ÇELİK (13469)
1973–2024



AV. AYTEKİN DOĞAN (10825)
1966–2024



AV. MUHİTTİN MURAT UTKU (8821)
1963–2024



AV. İBRAHİM KURU (7984)
1953–2024



AV. MEHMET CENGİZ (5939)
1949–2024



AV. SALİM KAYA (18812)
1958–2024

Yitirdiklerimiz



AV. İBRAHİM BİRCAN (10174)
1965–2024



AV. HÜSEYİN HÜSNÜ DAVARCIOĞLU (1693)
1923–2024



AV. CEYHAN DURAN (8552)
1944–2024



AV. ERTUĞRUL ÖZBAHAR (4743)
1944–2024



AV. SERKAN ATAKAN (20425)
1982–2024



AV. MAHMUT HAKKI HASGÖL (14025)
1947–2024

Yitirdiklerimiz



AV. İNCİ YURDAĞÜL GÜVEN (3024)
1937–2024



AV. MUSTAFA KEMAL DÖLEK (9278)
1952–2024



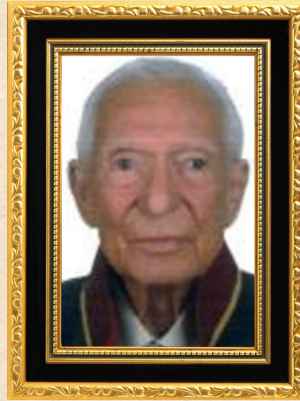
AV. HALİL ACAR (10850)
1950–2024



AV. TÜRKAN DİLEK OĞUZ (3521)
1941–2024



AV. ÖMER ÖZDEMİR (19470)
1967–2024



AV. TEOMAN METE (42511)
1942–2024

Yitirdiklerimiz



AV. FERİT SAATÇIOĞLU (5684)
1938–2024



AV. SAADET AYDINALI (3848)
1942–2024



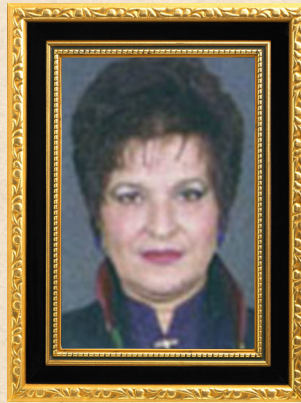
AV. PAKİZE ÜMİT ALUŞLUOĞLU (5966)
1947–2024



AV. ÖZCAN USLU (6160)
1947–2024



AV. HAYDAR AKBİLGİÇ (3703)
1935–2024



AV. ELMAS EMEL MAVİÖĞLÜ (4368)
1946–2024

Yitirdiklerimiz



AV. NACİ SÖZEN (14531)
1953–2024



AV. SEMİH GÜNER (4961)
1944–2024



Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı
Kat:5 Sıhhiye-ANKARA / TÜRKİYE



T 0312 416 72 00
F 0312 416 72 80



www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr